

O ATIVISMO JUDICIAL E O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”

"THE JUDICIAL ACTIVISM AND THE ROLE OF THE SUPREME COURT"

*Mariana Bernardes da Costa Arruda*¹

RESUMO: O texto tratará do tema do ativismo judicial sobre o enfoque da hermenêutica dos Tribunais Superiores nos Estados Unidos, Europa e Colômbia, mas com enfoque principal para as decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal Brasileiro que possuam caráter ativista. Irá tratar do fortalecimento das Constituições pós segunda guerra mundial e, no caso específico do Brasil, a Constituição de 1988, debatendo a respeito do tema do neoconstitucionalismo. Ademais, analisará jurisprudências referentes às decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal que tenham como tema principal os direitos sociais e o seu caráter ativista.

PALAVRAS-CHAVE: hermenêutica constitucional, neoconstitucionalismo, direitos sociais, ativismo judicial, Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: The text deals with the judicial activism of the theme of the hermeneutic approach of the Superior Courts in the United States, Europe and Colombia, but with main focus on the decisions made by the Brazilian Supreme Court that have activist character. Will address the strengthening of the post World War II Constitutions and in the specific case of Brazil the 1988 Constitution, debating about neoconstitucionalism theme. Moreover analyzes some law cases concerning the decisions rendered

by the Supreme Court whose main theme social rights and its main activist character.

KEYWORDS: constitutional hermeneutics, neoconstitucionalism, social rights, judicial activism, Federal Court of Justice.

INTRODUÇÃO

Vivemos em uma sociedade em constantes mudanças, uma sociedade tecnológica com fácil acesso aos meios de comunicação, na qual, mesmo pessoas em diferentes países que enfrentam enormes distâncias, conseguem se comunicar facilmente.

A realidade social muda constantemente, vários conceitos no âmbito jurídico político e social acabam ficando ultrapassados rapidamente.

A Constituição Federal de 1988 surge em um momento histórico do nosso país pós- regime ditatorial, num período que perdurou quase vinte anos, já que se iniciou em meados da década de 60 até 1980, quando surge o movimento pelas “Diretas Já”, o país viveu durante este período sobre um regime totalitário, razão pela qual, após este período, houve uma retomada democrática no país, na qual as pessoas puderam votar diretamente em seus representantes.

Esses representantes, que foram eleitos diretamente e democraticamente pela população, tiveram um importante papel na redemocratização

¹ Mestre em Direito de Estado pela Universidade de São Paulo (USP), sob a orientação da Professora Doutora Anna Candida da Cunha Ferraz. Trabalhou como professora nas disciplinas de Direito Constitucional, Direito Administrativo e Introdução

ao Estudo do Direito no Centro Universitário Estácio de Sá de São Paulo. Possui especialização em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Graduada na Universidade Presbiteriana Mackenzie.

do país, qual seja que a nova Assembleia Constituinte, representada por políticos eleitos diretamente pelo povo, para que legislassem em prol de diversos valores como a separação dos poderes, a soberania, a cidadania, pluralismo político, entre outros.

Desta maneira, a Constituição Federal de 1988 surge com características bem delineadas pela doutrina brasileira quais sejam: promulgada, dirigente, rígida, escrita, codificada, dogmática, formal, prolixa, eclética, autoconstituição e definitiva.

Pelo fato da Constituição de 1988 possuir um caráter dirigente, muitas normas ainda dependem de regulamentação do Poder Legislativo para serem implantadas, todavia, nem sempre essa regulamentação é rápida e acompanha o ritmo das mudanças da sociedade.

A Constituição Federal de 1988 passa a ter um importante papel na defesa dos direitos fundamentais e coletivos.

Pós-constituição de 1988, surge um movimento pela supremacia das Constituições, todavia não é apenas uma tendência nacional, mas sim, uma tendência internacional, que em países europeus já estava em voga, desde o pós-segunda guerra mundial.

As Cortes Constitucionais passam e exercer um importante papel nas sociedades modernas como um todo, exercendo ainda um papel não apenas institucional, mas também um papel político.

O artigo debaterá brevemente a respeito de algumas constituições e como estas são interpretadas pelas respectivas Cortes Constitucionais do ponto de vista jurídico e político, após debaterá sobre o surgimento da teoria do neconstitucionalismo, bem como do ativismo judicial nos Estados Unidos, Europa, Colômbia e por fim, dar um enfoque especial para o ativismo judicial realizado no Supremo Tribunal Federal, no Brasil

O Constitucionalismo americano e europeu

A Constituição Norte-Americana sempre teve um papel importante, desde os primórdios do constitucionalismo qual seja, entende-se que a Constituição é a autentica norma jurídica, que limita o exercício do Poder Legislativo e pode justificar a invalidação das leis, sendo que esta Constituição tem como característica o fato de ser a mesma sintética.

O professor norte-americano Robert H. Dahl ao expressar o papel da Suprema Corte Norte-Americana em um estudo sobre a atuação da Suprema Corte Americana afirma que:

Considerar que a Suprema Corte dos Estados Unidos age estritamente como uma instituição legal é subestimar o seu significado no sistema político americano, por isso é também uma instituição política, que toma decisões controversas de política nacional. Como uma instituição política, a Corte é altamente incomum até porque os americanos não estão muito dispostos a aceitar que é uma instituição política e

não é capaz de negá-lo, de modo que toma-se duas posições de uma só vez.²

Pode-se claramente observar do texto de Robert H. Dahl, que a Suprema Corte Norte-Americana deixa de ser apenas uma instituição legal, mas passa a exercer um papel político nos Estados Unidos, assim ambos os papéis acabam por se imiscuir.

Todavia, o autor chama a atenção do leitor para o fato de que a Corte Constitucional Norte-Americana, não deve exercer o papel de uma política paroquial de interesses, mas deve-se atentar para o seu papel democrático a ser exercido.

Assim, verificamos desta singela explanação do professor Robert. A. Dahl, que a Suprema Corte Americana acaba por exercer um papel, por assim dizer, ativista quando deixa de apenas resolver questões jurídicas para imiscuir-se em questões políticas e decidir de acordo com políticas diversas, seja por meio de ações afirmativas, ou mesmo através da não-manifestação da Suprema Corte sobre um determinado tema.

Já na Europa, pós-segunda guerra, em países como Alemanha e na Itália e algumas décadas mais tarde, após o fim das ditaduras de direita da Espanha e em Portugal, assistiu-se a uma mudança significativa nos quadros dessas Constituições.

As novas Constituições criaram ou fortaleceram a jurisdição constitucional, instituindo

mecanismos potentes dos direitos fundamentais mesmo em face do legislador.

Essas Constituições Europeias não são cartas procedimentais que quase tudo deixam para maiorias legislativas, mas sim, documentos repletos de normas impregnadas de elevado teor axiológico, que contêm importantes decisões substantivas e se debruçam sobre uma ampla variedade de temas que outrora não eram tratados pelas constituições como economia relações de trabalho e a família. Muitas delas, ao lado dos tradicionais direitos individuais e políticos, incluem também direitos sociais de natureza prestacional.

Desta maneira, a interpretação extensiva e abrangente das normas constitucionais pelo Poder Judiciário, deu origem ao fenômeno de constitucionalização da ordem jurídica, que ampliou a influência das constituições sobre todo o ordenamento, levando a adoção de novas leituras de normas e institutos nos mais variados ramos do Direito.

No caso, boa parte das normas mais relevantes destas constituições caracteriza-se pela abertura e indeterminação semânticas, pois são em grande parte princípios e não regras, neste caso a sua aplicação direta pelo Poder Judiciário importou na adoção de novas técnicas e estilos hermenêuticos, ao lado da tradicional subsunção.

Desta forma, a necessidade de resolver tensões entre princípios constitucionais colidentes, frequente em constituições compromissórias

² DAHL, Robert H., Decision make in a democracy. *Role of Supreme Court Symposium, n.1*, Journal of Public Law, pp.280-295.

marcadas pela riqueza e pelo pluralismo axiológico, deu espaço ao desenvolvimento da técnica de ponderação e tornou-se frequente o recurso ao princípio da proporcionalidade na esfera judicial. E a busca de legitimidade para estas decisões no marco de sociedades plurais e complexas, deu origem ao desenvolvimento de diversas teorias da argumentação jurídica.

O neoconstitucionalismo e suas implicações

Neste contexto de desenvolvimento de diversas teorias jurídicas, surge o chamado neoconstitucionalismo, vejamos o conceito apresentado por alguns autores brasileiros sobre o tema.

Para o Ministro Gilmar Mendes, existem algumas características que explicam o neoconstitucionalismo, quais sejam:

“O valor normativo da Constituição não surge, bem se vê, de pronto como uma verdade auto evidente, mas é resultado de reflexões propiciadas pelo desenvolvimento da História e pelo empenho em aperfeiçoar os meios de controle do poder, em prol do aprimoramento dos suportes da convivência social e política. Hoje é possível falar em um momento de constitucionalismo que se caracteriza pela superação da supremacia do Parlamento. O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela

constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômenos por vezes designados como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais auto aplicáveis. Tudo isso sem prejuízo de se continuar afirmar a ideia de que o poder deriva do povo, que se manifesta ordinariamente por seus representantes. A esse conjunto de fatores vários autores sobretudo na Espanha e na América Latina, dão o nome de neoconstitucionalismo”³

Ainda sobre o tema, podemos verificar o entendimento do conceito de neoconstitucionalismo para o Ministro Luís Roberto Barroso, sobre o seguinte enfoque:

“O neoconstitucionalismo ou o novo direito constitucional na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no Direito Constitucional, em meio as quais podem ser assinaladas, (i) como *marco histórico* a formação do estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX, (ii) *marco filosófico*, o pós positivismo com a centralidade dos Direitos Fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética, (iii) como *marco teórico*, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional desse fenômeno resultou processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito”⁴

³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; COELHO, Inocêncio Mártires; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, pp.53-54.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Texto publicado no site <http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo->

Podemos também observar da doutrina latina como do doutrinador espanhol Pietro Sanchís, este faz uma crítica contundente a questão da rematerialização constitucional emprestar dimensão substancial a democracia, pois para ele o ideal democrático que empolga a crítica se centra na ficção de que efetivamente a obra do legislador é expressão da vontade geral, obscurecendo a realidade de que a lei é obra de um órgão do Estado, a quem a Constituição atribui tal tarefa. Pietro Sanchís argui ainda a esse respeito que, tanto o princípio democrático como o do constitucionalismo são devedores de ficções, que não precisam ser desprezadas, mas ser compreendidas sobre o enfoque do elemento justificador que serve a ambos os princípios. Indica que ambos os princípios têm fonte na ideia do contrato social, “que evoca por igual o fundamento democrático do poder político e sua limitação pelos direitos naturais”.⁵

Antes que possamos chegar a uma conclusão fática das causas do ativismo judicial, o artigo fará uma breve menção de autores brasileiros que discordam ou, pelo menos, não concordam plenamente com a doutrina do neoconstitucionalismo.

Para o professor Doutor Carlos Bastide Hobarch, o neoconstitucionalismo não é uma tese inovadora do direito constitucional, mas sim, de

forma metafórica, que alguns verão o direito constitucional em uma “nova e maravilhosa vestimenta”, já outros verão o direito constitucional em seu “velho e surrado traje”, explique-se isso porque para o professor Carlos o neoconstitucionalismo caracterizaria uma fluído pós-positivismo, que se trata na realidade de uma atitude militante e ideológica do intérprete para substituir aos demais níveis da produção jurídica ao citar Carlos Maximiliano que citou Jerihng, ele diz que o intérprete tem a difícil tarefa de deduzir de disposições isoladas “o princípio que lhes forma a base e, desse princípio, as consequências que dele decorrem”.⁶

Já o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho considera que os neoconstitucionalistas esquecem-se que, na realidade, a Constituição possui normas rígidas acima dos princípios. Ele considera que, para os neoconstitucionalistas, há a superação da norma pelo princípio, contrariando, desta forma, o artigo 6º da declaração de 1789 e, na realidade, a prevalência do princípio sobre a regra constitui arbítrio em princípio jurídico, em detrimento da segurança jurídica.

Por fim, ele conclui que, na realidade, o neoconstitucionalismo nada mais é do que uma ideologia com roupagem pretensamente jurídica para coonestar um ativismo dos operadores do direito.

e-constitucionalizacao-do-direito#ixzz3deHC15RG, acessado em 23 de junho de 2015.

⁵ SANCHÍS, Pietro. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Madrid: Trotta, 2003, p.105.

⁶ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos in *Revista dos Tribunais*, volume 859, p. 80-91.

Pode-se dizer, diante de todas as explicações supra, que o neoconstitucionalismo possui como base de sustentação as seguintes características:

- a) a importância dada aos princípios e valores como componentes elementares dos sistemas jurídicos constitucionalizados; entre valores e bens constitucionais;
- b) a compreensão da Constituição como norma que irradia efeitos por todo o ordenamento jurídico, condicionando toda a atividade jurídica e política dos poderes do Estado e, até mesmo, dos particulares em suas relações privadas;
- c) o protagonismo dos juízes em relação ao legislador na tarefa de interpretar a Constituição;
- d) enfim, a aceitação de alguma conexão entre Direito e Moral.

Diante de toda a explicação da doutrina do surgimento do neoconstitucionalismo, cabe, neste momento, uma indagação sobre as causas do ativismo judicial.

Antes de adentrarmos justamente as causas do ativismo judicial no Brasil, vale a pena fazermos um panorama histórico do ativismo judicial nos Estados Unidos, Europa e para representar a América Latina selecionamos a Colômbia, após debatermos as causas do ativismo judicial no Brasil.

O surgimento do ativismo judicial nos Estados Unidos e na Europa

Os Estados Unidos tiveram forte influência de Montesquieu na confecção do texto da Constituição Americana de 1787, que ficou expressa nos *Federalist Papers* de números 47 e 48, da lavra de James Madison, atribuindo-se sob essa ótica certa preponderância ao Poder Executivo por desconfiar do Poder Legislativo.

A locução “ativismo judicial” foi utilizada pela primeira vez, em um artigo de um historiador sobre a Suprema Corte, no período do *New deal*, publicada na revista *Fortune*. A descrição feita por Schlesinger, da divisão existente na Suprema Corte, naquela época, é digna de transcrição, por sua atualidade no debate contemporâneo: Esse conflito pode ser descrito de diferentes maneiras. O grupo de Black e de Douglas acredita que a Suprema Corte pode desempenhar um papel afirmativo na promoção do bem-estar social; os grupos de Frankfurter e Jackson defendem uma postura de autocontenção judicial. Um grupo mais preocupado com a utilização do poder judicial em favor da própria concepção do bem social; o outro com a expansão da esfera do Legislativo, mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vistas que eles pessoalmente condenam. Um grupo vê a Corte como instrumento para a obtenção de resultados socialmente desejáveis; o segundo, como um instrumento para permitir que os outros poderes realizem a vontade popular, seja ela melhor ou pior. Em suma, Black- Douglas e seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com as suas próprias

concepções sociais; Frankfurter- Jackson e seus seguidores, com a preservação do Judiciário na sua posição relevante, mas limitada dentro do sistema americano.

Por fim, tal situação sofreu alteração diante da atuação do *Chief Justice Marshall*, no julgamento do caso *Marbury vs. Madison* pela Suprema Corte Americana, ainda que questionada por alguns, em seus fundamentos, alterou profunda e definitivamente os moldes dos relacionamentos interfuncionais fortemente concebidos. Exercera-se, pela primeira vez, o controle de constitucionalidade das leis, cujas bases teóricas já se encontravam assentadas no *Federalist Paper* de número 78, fixando-se, desta maneira, a supremacia da Constituição.

Já na França, salienta Leon Duguit (1996), que não há dúvidas de que os revolucionários franceses inspiraram-se em Montesquieu ao elaborarem a Declaração do Homem e do Cidadão, de 1789, a qual apregoa que qualquer sociedade, que não esteja assegurada a garantia dos direitos e nem estabelecida a separação dos poderes, não tem Constituição. Na França, porém, com a adoção do princípio da soberania do parlamento, a sua mitigação só deu com a reforma constitucional ocorrida em 23 de Julho de 2008 e com a sua entrada em vigor a partir de primeiro de março de 2010, tornando possível a impugnação da constitucionalidade das leis em vigor.

Diante da reforma constitucional implementada na França em 2008, o país assumiu, ao que se tem deduzido de doutrina dominante, um

perfil notadamente contramajoritário, se comparado aos sistemas adotados desde a Revolução de 1789, manteve-se atento à limitação da discricionariedade governamental, bem como sensível à garantia dos direitos fundamentais, confrontando por consequência o majoritarismo parlamentar.

De qualquer maneira, em diversos países europeus de tradição romano-germânica, o Poder Legislativo exerceu um influxo considerável sobre os demais poderes até as primeiras décadas do século passado, ocasião em que foram promulgadas leis que atribuíram plenos poderes a diversos Chefes do poder Executivo, numa tentativa de debelar-se a profunda crise econômica que se abateu sobre todo o mundo naquele período histórico. Em função dessa crise, o modelo liberal de governo entrou em declínio, além disso, diversos regimes ditatoriais de extrema direita foram instituídos. No âmbito europeu, podem-se citar os regimes de Mussolini na Itália, de Hitler na Alemanha, de Franco na Espanha e de Salazar em Portugal.

Com o intuito de reduzir o descontentamento da população, durante esse período, entrava em cena o Estado Social de Direito, com as suas Constituições compromissórias, repletas de dispositivos dos quais se extraíam as normas programáticas, de que são exemplos as Constituições mexicana, de 1917 e a alemã, de 1919 (Constituição de Weimar). Essas Cartas acabaram por influenciar a feitura de

uma infinidade de textos constitucionais posteriores.

Em ordenamentos jurídicos como o português, no entanto, considera-se, até os dias atuais, que as normas programáticas como as que veiculam os direitos sociais, econômicos e culturais demandam a *interpositio legislatori* para que possam surtir efeitos. Frente a uma omissão legislativa cabe, ao titular do direito, solicitar ou aguardar a iniciativa do Presidente da República ou do Provedor de Justiça, a quem incumbe pugnar pela apreciação da questão pelo Tribunal Constitucional. Verificado o descumprimento primeiro da Constituição por omissão legislativa, resta ao Tribunal Constitucional a mera comunicação da situação ao legislativo, para que seja sanada a inconstitucionalidade.

Em diversos países, entretanto, a denominada teoria dos princípios tem possibilitado ao poder judiciário a implementação de “direitos” assegurados por meio da multiplicidade de normas. O processo de decisão, em que os magistrados fazem uso da denominada técnica da ponderação de bens, de interesses ou de valores, vem contornando, diuturnamente, a inexistência de regras positivadas para disciplinar a hipótese-objeto de julgamento. Essa atuação torna possível a construção, a partir dos princípios jurídicos – constitucionais ou legais explícitos ou implícitos – de regras de decisão, que passam a disciplinar a matéria no julgamento em curso e, eventualmente, nos subsequentes.

Surgida a partir da obra de Rudolf Smend e implementada por juízes do Tribunal Constitucional na Alemanha do Segundo Pós-Guerra, a técnica é objeto de severas críticas, desde o seu nascedouro, por suposta ausência de racionalidade. Contudo, pode-se afirmar que foi bastante difundida no último quartel do século passado e vem ganhando adeptos até os dias atuais, em diversas coordenadas do globo terrestre.

Sua utilização demonstra, a toda evidência, uma postura pró-ativa, que vem permeando a atuação de alguns dos membros do Poder Judiciário, na busca pela garantia da maior efetividade possível às normas constitucionais – que acabou por dar guarida ao fenômeno da judicialização da política.

A doutrina Kelseniana, no entanto, questionou a “jurisdição constitucional”, buscando entender se esta desafiava ou não a separação dos poderes, se violava a soberania dos parlamentares perquirindo ainda, se o *judicial review* fragilizava o princípio da segurança jurídica.

Após exaustivos debates, Kelsen concluiu que a jurisdição constitucional é uma forma de garantia da eficácia jurídica da constituição, pois o direito positivo zela para que possa ser anulado todo ato - excetuada a constituição - que esteja em contradição com uma norma superior.

Ele propôs, para tanto, a instituição de um órgão distinto e inteiramente independente do Legislativo e que desempenharia a atividade legislativa negativa, funcionando como uma instância “centra suprema”.

Nessa esteira, inúmeros casos foram julgados, entre estes, a paradigmática questão conhecida como “*Honegwell*” que ocorreu na Alemanha, em que o Tribunal Alemão questionou a constitucionalidade de uma legislação, segundo a qual, se o empregado tivesse mais de 52 anos de idade, o seu contrato de trabalho teria necessariamente que ser celebrado por tempo limitado.

A Corte Alemã entendeu, neste caso, que tal lei difundia a discriminação e a desigualdade social. Por essa razão, o pleito foi acolhido e inteiramente reconhecido pelo Tribunal.

Assim, por meio destas explicações, pudemos ter um panorama geral das causas do ativismo judicial nos Estados Unidos e na Europa.

O ativismo judicial e seus efeitos na Colômbia

Já no que diz respeito ao ativismo judicial na Colômbia, o doutrinador Mauricio García Villegas em seu texto “Direitos Sociais e Ativismo Judicial - A dimensão fática do Ativismo Judicial e os Direitos Sociais na Colômbia”, afirma que, desde 1998, na Colômbia, as ações relacionadas aos direitos sociais tiveram um crescimento exponencial; tal crescimento possuiu um aumento no que se refere às tutelas do direito à saúde.

Assim como no Brasil, as ações de tutela de direito à saúde foram o grande alvo de manifestações e movimentações na Corte Constitucional Colombiana.

O Ativismo Judicial na Corte Colombiana se deu justamente na área da saúde, sob a qual os magistrados desta Corte Suprema manifestaram-se sobre diversas ações de tutela individual, sobre o direito a determinado tratamento de saúde específico ou então, sobre a concessão de remédios que não constavam da lista de medicamentos fornecidos gratuitamente pelo governo colombiano.

As ações na Corte Colombiana foram inúmeras, em sua grande maioria as decisões foram favoráveis, todavia, segundo o autor, no ano de 1999, os gastos com saúde pública atingiram a casa dos sete milhões de dólares.

Tais decisões da Corte referentes às sentenças sobre os direitos sociais, também propiciaram conflitos intrainstitucionais, pois nem todos os magistrados da Corte estavam dispostos a apoiar um precedente que suportava tantas consequências problemáticas para a instituição. Como resultado, nessa primeira fase, os precedentes da Corte sobre os direitos sociais em geral e, na saúde em particular, não eram completamente unívocos e nem estavam consolidados, por tal razão eram frequentes as ressalvas dos votos dos magistrados.

Após longas reformas na legislação colombiana e amplos debates sobre o sistema de saúde e fornecimento de tratamentos médicos, o governo finalmente, no ano de 2008, conseguiu chegar a algum consenso sobre o este direito social, em específico trabalhando em parceria com o Judiciário da Colômbia.

Desta maneira, uma nova etapa da proteção constitucional aos direitos sociais e, em particular, do direito à saúde, parece haver se consolidado através do ativismo judicial da Corte e parece estar produzindo mudanças muito importantes relacionadas à política de saúde pública destinada a que essa corresponda às decisões emanadas pela Corte. Tais mudanças, têm como resultado uma diminuição do Ativismo da Corte sobre tal matéria, em razão de que tais tutelas já não são tão necessárias para que o direito a saúde seja protegido.

Diante deste quadro, não se quer dizer que todas as tensões e os atos políticos tenham desaparecido. Mas, revela-se que, devido à consolidação do precedente da Corte em direitos sociais, as resistências do governo a sua aplicação obtiveram uma redução, ou pelo menos se tornam mais sutis.

Para tanto, isso se deve também ao trabalho que realizou a Corte nos casos sobre direitos sociais que converteu tais atividades em mais rotineiras e pouco ativistas.

Para o doutrinador Mauricio García Villegas, há de se considerar isso algo natural, pois o ativismo, segundo ele, é o primeiro passo para alcançar mudanças no sistema normativo, os quais, uma vez alcançados, reduzem a necessidade de que os juízes sejam ativistas. Também é de vital importância esclarecer que, o ativismo da Corte Colombiana, em direitos sociais, isto é, em casos de direitos sociais prestacionais em sentido estrito, não

tem sido de igual intensidade para todos os direitos sociais.

A Corte tem sido particularmente insistente na necessidade de proteger o direito à saúde sobre certas circunstâncias, incluindo quando o amparo não tem sido incluído previamente por uma norma legal. Mas, a Corte tem proferido algumas sentenças sobre o direito à moradia e o direito à alimentação.

O fato de ter atingido uma fase superior em matéria de Direitos Sociais, não supõe que a Corte pode agora, manter-se inativa ou direcionar-se para outros temas. Para que as suas decisões possam produzir algum grau de mudança social, é crucial que a Corte estenda seu precedente ativista a outros direitos de igual importância, como direito à saúde.

O ativismo judicial e suas causas

Antes de adentrar ao mérito do ativismo judicial e suas causas seja no Brasil, Estados Unidos ou Europa, cabe fazer uma digressão sobre as explicações anteriormente realizadas que acabam por enredar para um ativismo judicial.

O artigo antes de adentrar e se aprofundar no tema do ativismo judicial trabalhou a respeito da teoria do neoconstitucionalismo e a sua implicação na doutrina estrangeira e nacional.

Esta teoria possui algumas peculiaridades, que já foram anteriormente amplamente trabalhadas, mencionando os seus adeptos e até mesmo, autores que discordam desta corrente.

Todavia, tal reflexão foi de suma importância para o estudo deste trabalho, pois justamente umas das teses que prevalece no neoconstitucionalismo é a prevalência dos princípios sobre as normas.

Neste aspecto, vale a excelente crítica do professor Carlos Bastide Horbach ao mencionar em seu texto “A nova roupa do Direito Constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos”, que muitas vezes, os princípios são utilizados como formas de “tapar o sol com a peneira”, ou seja, por exemplo, em seu texto ele menciona que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul utilizou-se do princípio da dignidade da pessoa humana para preservar o direito de uma locatária, cujo filho ficou paraplégico e precisava de muitos cuidados em permanecer no apartamento alugado ao invés de ser despejada, ora, nesse caso, fica claro a intromissão do Poder Judiciário em uma relação contratual privada, a qual foi firmada de comum acordo entre ambas as partes.

Pois bem, o que nota-se do neoconstitucionalismo é que os princípios se sobrepõem as normas, todavia o julgador ao impor tal ingerência acaba por suprimir ou mesmo ter como irrelevante as normas positivadas no ordenamento jurídico.

Ademais, também no neoconstitucionalismo exige-se do Poder Judiciário uma atuação mais presente quando se tratar de garantir os direitos e garantias fundamentais à população como um todo, por tais

razões na falta de políticas públicas, deve o Poder Judiciário fazer com que prevaleçam os direitos e garantias fundamentais, essas são as razões que por influência do neoconstitucionalismo acabam por desembocar em um ativismo judicial das diversas cortes constitucionais.

O professor Keenan D. Kimec, em seu texto sobre a origem e o corrente significado do ativismo judicial, faz uma interessante crítica ao mencionar que um apontamento sobre o ativismo judicial sozinho significa pouco ou quase nada, porque o termo adquiriu muitos distintos e contraditórios significados. Mesmo assim, quando explicado com calma o termo pode começar a ter algum significado na conversa sobre o papel do Poder Judiciário e uma oportunidade de perguntar questões subsidiárias que vão além do superficial.

O Supremo Tribunal Federal e o Ativismo Judicial

Agora, se voltando para a realidade brasileira, alguns doutrinadores estudiosos do Direito Constitucional consideram que o ativismo judicial surge com a Constituição de 1988, por ser essa mais democrática, além do fato de ser elaborada por representantes eleitos pelo povo.

Neste sentido, autores como Marcus Faro de Castro em seu texto “O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política” e Luís Werneck Vianna, apontaram, dentre outros, a constitucionalização do direito após a Segunda Guerra Mundial, o resgate sobre a legitimação dos

Direitos Humanos, o exemplo institucional da Suprema Corte norte-americana e a tradição europeia (kelseniana) de controle concentrado de constitucionalidade das leis como fatores importantes para a explicação do fenômeno da judicialização.

Diversos são os precedentes da postura ativista do STF manifestada por diferentes linhas de decisão, dentre as quais se incluem:

- a) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, como se passou nos casos como da imposição de fidelidade partidária e o da vedação do nepotismo;
- b) 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, de que são exemplos as decisões referentes à verticalização das coligações partidárias e à cláusula de barreira;
- c) a imposição de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador – como no precedente sobre a greve dos servidores públicos ou sobre a criação de município – como no de políticas públicas insuficientes, de quem tem sido exemplo as decisões sobre o direito à saúde.

Além dessas questões mencionadas, cabe lembrar também outras questões de relevância política, social ou moral que foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal. A enunciação a seguir é meramente exemplificativa, mas serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisa com células troncos embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – Caso Ellwanger); (v) interrupção de gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e súmula vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade das ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF/130). Essa lista poderia ainda prosseguir indefinidamente, com a identificação de casos de grande visibilidade e repercussão, como a extradição do militante italiano Cesare Battisti (Ext 1085/Itália e MS 27875/DF), a questão da importação de pneus usados (ADPF 101/DF) ou da proibição do uso do amianto (ADI/3937/SP).

Para o professor Luís Alberto Barroso, o ativismo judicial é uma atitude de escolha de um modelo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente, ele se instala - e este é o caso do Brasil - em situações de retratação do Poder

Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que determinadas demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Importante ressaltar o papel do Supremo Tribunal Federal quanto à fiscalização das leis como também das emendas à Constituição num sistema de grande abertura à propositura de ações diretas de inconstitucionalidade e que ainda incorpora instrumentos complementares de controle abstrato - como a arguição de preceito fundamental e os mecanismos de controle de omissões -, manifestando claro propósito alargador de atuação do Supremo nesse setor.

O professor Elival da Silva Ramos, em sua obra *Ativismo Judicial Parâmetros Dogmáticos*, afirma que:

“A singularidade do ativismo judiciário em matéria constitucional, está pois, diretamente relacionada às especificidades da atividade de interpretação e aplicação da Lei Maior, que, dentre outras, compreendem: a supremacia hierárquica das normas constitucionais sobre todas as demais do ordenamento, revogando-as ou invalidando-as em caso de conflito; o caráter monogenético de boa parte dos preceitos constitucionais, concretizados na estrutura lógica de normas-princípios, o que amplia a incidências a outros quadrantes do ordenamento, porém torna menos intensa sua capacidade regulatória direta; a fluidez e a decorrente imprecisão semântica (vagueza e ambiguidade) da linguagem constitucional, frequentemente referida

a conceitos indeterminados de cunho valorativo”.⁷

Conforme podemos observar dos estudos das mencionadas doutrinas nacionais e internacionais, bem como das jurisprudências nacionais mencionadas anteriormente, o ativismo judicial tem como sua principal causa a falta de credibilidade da população no Poder Legislativo, responsável por legislar sobre temas de cunho social, político e econômico, fazendo assim, com que haja um aumento da credibilidade no Poder Judiciário, mas não é só, o artigo debateu anteriormente sobre o neoconstitucionalismo, pois essa doutrina prega um fortalecimento das Constituições e prevalência dos princípios sobre as normas.

Com o aumento da doutrina neoconstitucionalista, seja em âmbito nacional ou internacional, a credibilidade no Poder Judiciário torna-se prioritária, para que este forneça direitos sociais, com base nos direitos fundamentais, previstos na teoria do Estado do Bem-Estar Social.

Este fator, acaba por fazer com que os Juízes possuam uma atuação muito mais presente no ordenamento jurídico do que simplesmente representar “a boca da lei”, conforme expressão cunhada por Montesquieu.

Todavia, há quem critique com razão o ativismo exacerbado pelas Cortes Constitucionais, neste caso, a crítica se pauta quanto à capacidade institucional.

⁷ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010 – cap. 2, seção 1ª, itens 21 a 22.2 (pp. 187 a 225)

Isso, porque cabe aos três poderes interpretar a Constituição e pautar sua atuação com base nela. Contudo, a palavra final cabe ao Poder Judiciário.

Essa primazia, porém não significa que toda e qualquer matéria deve ser decidida em um Tribunal, isso para evitar que o Judiciário se transforme em uma instância hegemônica. A doutrina constitucional tem explorado duas ideias destinadas a limitar a ingerência judicial: a capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos.

A Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade não podem ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação e de conhecimento específico.

Também os riscos de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de deferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente estará preparado para realizar a justiça ao caso concreto, a microjustiça sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público.

Há, por fim, uma crítica, com relação à limitação do debate, ou seja, neste caso em específico, a consequência drástica da judicialização é uma elitização do debate, excluindo-se os que não dominam a linguagem e nem tem acesso à discussão jurídica.

Além disso, uma dose excessiva de politização dos tribunais dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão.

Inverte-se a ordem natural do judiciário, pois os processos passam a tramitar nas manchetes dos jornais e não na imprensa oficial, ademais os juízes trocam a discussão racional jurídica por embates próprios de discussões parlamentares, movidas por visões contrapostas e concorrentes.

CONCLUSÃO

O presente trabalho demonstrou as causas do ativismo judicial, trazendo um panorama histórico nos Estados Unidos, Europa e Colômbia, demonstrou também que o ativismo judicial decorre de uma corrente constitucional conhecida por neoconstitucionalismo, onde prevalecem princípios sobre as normas, fortalecendo a Constituição e os poderes decisórios dos juízes, todavia, por outro lado, enfraquecendo o papel do Poder Legislativo.

O Ativismo Judicial atingiu seu ápice em questões decididas pelo Poder Judiciário referente aos direitos sociais, entretanto alguns desses direitos deveriam ser regulamentados através do Poder Legislativo e não pelo judiciário.

Isso, porque no Poder Legislativo estão os representantes do povo eleitos que justamente possuem legitimidade e o papel de proteger os interesses coletivos.

Mas, na realidade, ao longo dos anos não só no Brasil, mas como visto anteriormente nos

Estados Unidos e alguns países da Europa, o Poder Legislativo perde sua credibilidade e as Cortes Constitucionais ao invés de decidirem questões meramente constitucionais referentes ao controle de constitucionalidade, acabam por imiscuir-se em um papel político.

O professor Elival, assim como o professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, entre outros, sugerem alternativas a exacerbação do Poder Judiciário e de um ativismo judicial realizado pela Corte Suprema, para eles países como o Canadá, França entre outros apresentaram soluções viáveis a esse excesso de poder concedido ao judiciário, apesar é claro de serem sistemas politicamente diferentes do sistema brasileiro.

Todavia, necessário se faz encontrar uma solução jurídica e política adequada para evitar a exacerbação do ativismo judicial pelas Cortes Constitucionais, isso porque em um futuro colheremos os frutos da perda de representatividade dos governantes eleitos democraticamente para vermos imperar “um elitismo jurisdicional” isso porque os juizes são pessoas aprovadas em concursos públicos por meritocracia e os ministros do Supremo Tribunal Federal aprovados por meio de sabatinas, mas nenhum destes dois representa a população e seus interesses políticos e sociais.

Por tais razões, conclui-se pela necessidade de alternativas ao ativismo judiciário realizado pelo Poder Judiciário, através de um sistema político mais atuante, um legislativo menos

passivo e mais atuante na defesa dos interesses da população como um todo.

No caso brasileiro, o Supremo Tribunal Federal passou a intervir em questões de cunho social, pois em razão de grupos sociais tentarem acesso ao legislativo e não conseguirem que suas ideias ou palavras fossem ouvidas, a forma encontrada foi recorrer ao poder judiciário para que certos direitos lhes fossem concedidos.

Isso ocorreu, por exemplo, no caso da União Homoafetiva em que o grupo LGBT recorreu a instância superior do judiciário para que obtivesse o direito ao reconhecimento das uniões homoafetivas, isso para que fossem facilitados diversos tramites burocrático que, por falta de uma legislação especifica sobre o tema, deixavam à margem da sociedade este grupo, por exemplo, quando um companheiro homossexual falecia, o seu cônjuge sobrevivente não obtinha nenhum direito a pensão pelo INSS, realidade esta que foi modificada com a vitória do grupo LGBT em ver reconhecido o direito a União Homoafetiva no Supremo Tribunal Federal.

Assim, a autora conclui este artigo com a singela opinião de que, para que houvesse a redução de uma atuação mais ativista do Supremo Tribunal Federal, seria necessário um diálogo entre a sociedade e os três poderes ou, pelo menos, um diálogo entre o Judiciário e o Legislativo, para que este último, tomasse providências mais efetivas em prol da população brasileira.

No caso do Brasil, o ativismo se dá, na maior parte dos casos, em questões relacionadas

aos direitos sociais, questões estas, de cunho programático, razão pela qual seria necessária uma atuação maior do Poder Legislativo.

Em alguns países como Canadá e França, apesar das diferentes realidades em relação ao Brasil, instituiu-se um diálogo entre os Poderes Legislativo e Judiciário, até mesmo na Colômbia a Suprema Corte do Judiciário “chamou” para um diálogo o poder legislativo e executivo em termos de políticas públicas.

Talvez, o que falte no Brasil seja um amadurecimento para o diálogo entre os poderes, para que esses possam encontrar a melhor solução para os problemas de cunho social.

O diálogo interinstitucional é de suma importância no papel para a redução das decisões de cunho ativista, no entanto, as demais esferas de poder, além do Judiciário, devem estar abertas aos debates, por essa razão, na singela opinião desta autora, não há como evitar o fenômeno do ativismo judicial, se as instâncias de poder não se conectarem entre si, pensando em possíveis decisões para os problemas de cunho social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Roberto. **Teoria de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

ALVES, José Carlos Moreira. **O Controle de Constitucionalidade no Brasil**. *Revista da Procuradoria Geral da República*. n. 09, jul-dez 1996.

BARROSO, Luis Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo os conceitos**

fundamentais e a construção do novo modelo. 1 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BERCOVICI, Gilberto et al. **Teoria da Constituição - Estudos Sobre o Lugar da Política no Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 16 ed., São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição Aberta**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Organização dos textos, notas remissivas e índices por Juarez de Oliveira. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

Cannon, Bradley. **Judicial Activism**. *Judicature*, vol.66, 1982-1983, pag.239. CANOTILHO, J.J.Gomes. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 3 ed. , Coimbra: Almedina, 1999.

CAPPELETTI, Mauro e GARTH Bryant. **Acesso à Justiça**, 1 ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988.

CAPPELETTI, Mauro. **Juízes Irresponsáveis**, 1 ed., Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, São Paulo: Editora Malheiros, 1999.

DUGUIT, Leon. **La Separación de Poderes y La Asamblea Nacional de 1789. Presentación y Traducción de Pablo Pérez Tremps**. Madrid. Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p.12 e ss.

DWORKIN, Ronald, **O império do Direito**, Tradução Jefferson Luiz Camargo São Paulo: Martins Fontes, 1999.

FISS, Owen. **The law as it could be**. New York: New York University Press, 2003, p.244- 249.

HESSE, Konrad. **Elementos do Direito Constitucional da República Federal da**

Alemanha. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito. Introdução à problemática científica do Direito.** MENDES, Gilmar Ferreira e COELHO, Inocêncio Mártires e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais**, 1 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional.** 3 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 1999.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional.** 4 ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Estado de Direito e Jurisdição Constitucional-2002-2010**, 2 ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

NOVELINO, Marcelo. **A Nova Face do Ativismo Judicial**, Bahia: Editora Ius Podivm, 2011. TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial: Parâmetros Dogmáticos**, 1 ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SAFFON, María Paula; GARCÍA-VILLEGAS, Mauricio. **Derechos sociales y activismo judicial. La dimensión fáctica del activismo judicial em derechos sociales en Colombia**, Revista Estudios Socio-Jurídicos, vol. 13, núm. 1, enero-junio, 2011, pp. 75-107 Universidad del Rosário, Bogotá, Colômbia.

SARLET, Ingo, **Direitos Fundamentais orçamento e "reserva do possível"**, Porto Alegre, 2ª ed., Editora Livraria do advogado, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Tribunal e Jurisdição Constitucional**, São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.

VITÓRIO, Teodolína Batista da Silva Candido. **O Ativismo Judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito: Uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin.** PUC MINAS, Belo Horizonte, 2011. Disponível em:

http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_VitorioTB_1.pdf em 15 de setembro de 2011.

New York Times. **"When judges make foreign policy"**. Revista "New York Times", 28 de setembro de 2008.

GOMES, Luiz Flávio. **O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes?** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009 Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/12921>. Acesso em: 20 nov. 2012.

BARROSO, Luis Alberto. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**, artigo publicado no site Conjur, em 22.12.08. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09.htm. Acesso em: 20 nov. 2012.

CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Vida**, artigo publicado na anpocs.org, em 26/10/1990. Disponível em: http://www.anpocs.org.br/portal/publicacoes/rbcs_00_34/rbcs34_09. Acesso em 20 nov.2012.

VIANA, Luis Werneck. **Judicialização da Política e Ativismo Judicial**, artigo publicado na Valor Econômico em 03/05/2010. Disponível em: <http://jusconstitucional.wordpress.com/2010/05/27/jurisprudencializacao-da-politica-e-democracia/#more-507>. Acesso em 20 nov.2012.