

# O ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

## *JUDICIAL ACTIVISM AND THE EFFECTIVITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE DEMOCRATIC STATE OF LAW*

**SUMÁRIO:** Introdução. 1. A base constitucional e a interpretação dos direitos fundamentais. 2. Ativismo judicial e a efetivação dos direitos fundamentais. 3. O ativismo judicial através das decisões do Supremo Tribunal Federal. Conclusão. Bibliografia.

**Elisaide Trevisam**

Advogada.  
Especialista em Direito Individual e Processual do Trabalho pelo UNIFIEO.  
Mestranda no Programa de Pós-Graduação *Strictu Sensu* de Mestrado em Direito pelo UNIFIEO

### RESUMO

O presente estudo tem como finalidade uma reflexão da nova realidade brasileira apresentada pela interferência dos Tribunais, especialmente do Supremo Tribunal Federal nas políticas públicas, através do ativismo judicial, que vem se potencializando pela valorização dos princípios constitucionais, desenvolvidos por uma interpretação constitucional que abre espaço para uma aproximação entre o cidadão e a efetividade de seus direitos fundamentais que são o alicerce de um Estado Democrático de Direito.

### Palavras Chaves

Direitos fundamentais. Ativismo Judicial. Estado Democrático de Direito.

### ABSTRACT

*The present study is aimed at to reflect the new reality presented by the interference of Brazilian Courts, specially the Supreme Federal Court in public policy through judicial activism, which has been potentiating the valorization of the constitutional principles, developed by a constitutional interpretation that makes room for an approximation between the citizen and the effectiveness of their fundamental rights which are the groundwork of a Democratic State of Law.*

### Key words

*Fundamental rights. Judicial Activism. Democratic State of Law.*

## INTRODUÇÃO

Os direitos humanos e os direitos fundamentais são de enorme importância para o desenvolvimento do Direito, da Democracia, do Estado e da Sociedade, e, no caso de um Estado Democrático de Direito, que prima por uma sociedade livre, justa e solidária, mas que às vezes, através da política pública, deixa de atender os princípios fundamentais da Constituição Federal, os Tribunais brasileiros, principalmente o Supremo Tribunal Federal, têm o dever de contribuir para a efetivação de tais direitos, esses, que são a base de uma verdadeira democracia.

As questões políticas necessitam de ser debatidas no âmbito judicial. Atualmente no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, por uma demanda da sociedade, interfere nos direitos e garantias fundamentais procurando efetivar esses direitos, vindo a se posicionar com uma nova atitude interpretativa por via hermenêutica, para corrigir a lei ou ainda modificá-la, cumprindo, desse modo, o papel essencial de guardião da Constituição.

### 1. O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL E A INTERPRETAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A liberdade nas Constituições está fundada nos direitos fundamentais,<sup>1</sup> e com eles, o constitucionalismo do século XX conseguiu a sua posição mais consistente e mais característica. Portanto, é preciso que se introduza nesse espaço teórico, o conceito do juiz social, exercendo o efeito último de uma teoria material da Constituição, e da legitimidade do Estado social em seus postulados de justiça, esses inspirados na universalidade, eficácia e aplicação imediata dos direitos fundamentais. Paulo Bonavides<sup>2</sup> nos ensina que:

Desse modo, coroam-se os valores da pessoa humana, no seu mais elevado grau de juridicidade e se estabelece o primado do Homem

1 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 587.

2 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 587.

no seio da ordem jurídica, enquanto titular e destinatário, em última instância, de todas as regras do poder. O juiz social incorpora em seu juízo ou aparelho de reflexão e entendimento, uma vasta e sólida pré-compreensão das questões sociais, pressuposto inalterável de toda a hermenêutica constitucional e de seu conceito de concretização.

Na sociedade pós-moderna, a crise de paradigmas leva à profusão de leis que surgem quase conforme a livre vontade dos legisladores, e isso leva a um controle de constitucionalidade voltado ao aspecto material da norma, com o escopo de resguardar os princípios fundamentais, sobre os quais está construído o Estado Democrático de Direito. Segundo Luis Roberto Barroso<sup>3</sup>:

Antes de 1945, vigorava na maior parte da Europa um modelo de supremacia do Poder Legislativo, na linha da doutrina inglesa de soberania do Parlamento e da concepção francesa da lei como expressão da vontade geral. A partir do final da década de 40, todavia, a onda constitucional trouxe não apenas novas constituições, mas também um novo modelo, inspirado pela experiência americana: o da supremacia da Constituição. A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados em relação ao processo político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário. Inúmeros países europeus vieram a adotar um modelo próprio de controle de constitucionalidade, associado à criação de tribunais constitucionais.

Nos Estados Unidos<sup>4</sup>, berço do constitucionalismo escrito e do controle de constitucionalidade, a Constituição americana teve, desde o início, caráter de documento jurídico, passível de aplicação direta e imediata pelo Judiciário. Portanto, a interpretação de todo o direito posto à luz da Constituição é característica histórica da experiência americana, e não singularidade contemporânea. Com a instalação

3 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. nº 9. Bahia. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em maio de 2011.

4 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. nº 9. Bahia. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em maio de 2011.

da Corte Constitucional, desde sua primeira decisão, as normas constitucionais de direitos fundamentais passaram a ser diretamente aplicáveis, sem intermediação do legislador. De acordo com os ensinamentos de Paulo Bonavides<sup>5</sup>:

Os direitos fundamentais são a bússola das Constituições. A pior das inconstitucionalidades não deriva, porém, da inconstitucionalidade formal, mas da inconstitucionalidade material, deveras contumaz nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, onde as estruturas constitucionais, habitualmente instáveis e movediças, são vulneráveis aos reflexos que os fatores econômicos, políticos e financeiros sobre elas projetam. O Estado padece com relação ao controle desses fatores um déficit de soberania, tanto interna como externa, perdendo assim, em elevado grau, a capacidade regulativa. Isto, que já ocorria desde muito do neoliberalismo. Tanto na doutrina como na práxis política, as formas liberais e globais não só desarmam, senão enfraquecem o Estado obrigando-o a evacuar o espaço de fomento e proteção de direitos fundamentais, sobretudo os de natureza social, que são os de segunda geração. Nestes, o grau de justiciabilidade e positividade tende a baixar em quase todos os ordenamentos contemporâneos. Tudo por obra dos sobreditos fenômenos globalização e neoliberalismo, derivados do sistema capitalista em sua fase mais recente de expansão. Fase, sem dúvida, sombria para o futuro dos direitos fundamentais, mormente tocante ao capítulo de sua interpretação nos países da periferia desse sistema.

A Constituição de 1988 aumentou a procura por justiça na sociedade brasileira, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos, e, por haver o texto constitucional criado novos direitos, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel peculiar importante perante a sociedade.

Aquele que interpreta direitos humanos e fundamentais<sup>6</sup>, regendo-se pela teoria liberal, acolhe da filosofia do poder e de limitação do Estado, os elementos necessários de orientação de sua pauta hermenêutica. E buscando recurso nos critérios provenientes do entendimento liberal, o

5 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 601.

6 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 615.

intérprete procura elucidar os questionamentos relativos à liberdade e à preservação dos valores de natureza tanto espiritual como material, intrínsecos aos direitos fundamentais, que legitimam a sociedade na dignidade da pessoa humana, protegendo-a do arbítrio e abusos do Estado. Para Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>7</sup>:

Interpretar não somente é ato atributivo de vida dentro da dinâmica de construção do Direito, como também interpretar pressupõe uma certa atitude metodológica perante aquilo que se chama de Direito e perante aquilo que se identifica como sendo uma Constituição e, pode-se dizer que não há expressões vãs dentro de uma Constituição, portanto, se isso for verdade, então a tarefa de discussão do sentido da expressão dignidade da pessoa humana deve revelar uma preocupação sobre os termos em que se manifesta a Constituição. (...) Por muito tempo os conceitos hermenêuticos foram suficientemente complacentes com práticas jurídicas ideológicas mascaradas pela objetividade do sentido. Com a nova hermenêutica jurídica, parte-se da concepção de que, no lugar da interpretação como manifestação de poder do Estado acima da sociedade, frente a influência da teoria democrática, há que se falar na construção de uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição; no lugar da interpretação autêntica kelseniana, deve haver lugar para a apresentação da interpretação dos agentes sociais como diálogo permanente da própria sociedade sobre si mesma e ainda, no lugar da função cognitiva da jurisdição, que estagna a prática judicial, a função criativa da jurisdição para a recriação permanente do sistema jurídico, pois, somente desse modo se chegará a uma justiça concreta.

Na abertura do texto constitucional<sup>8</sup> está localizado o princípio da dignidade da pessoa humana, portanto, isto não deve ser em hipótese alguma, ignorado por parte da hermenêutica constitucional, devendo tal princípio, ser lido e interpretado junto à norma positivada para aplicação ao caso concreto. É através do equilíbrio

7 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha: Organizadores. *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: Edifício, 2006. p. 36-37.

8 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha: Organizadores. *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: Edifício, 2006. p. 46-47.

do princípio com a norma positiva que surge a conjugação suficiente para a avaliação do caso concreto. Não pode a ordem constitucional acolher ao arbítrio, ao abuso, à dominação, à barbárie, e, assim, em face de qualquer ato que não atente para o princípio da dignidade da pessoa humana. Há necessidade de decisões que enfrentem o embate do preceito do princípio com os demais preceitos que lhe fazem obstáculo para o cumprimento desta meta. Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>9</sup> enfoca ainda que:

Não é somente a interpretação autêntica, no sentido kelseniano, aquela que definirá o sentido das normas do ordenamento, mas um aglomerado de jogos contínuos de linguagem que fará com que a permanente mudança destas interpretações torne a Constituição não apenas um documento formal, de Estado legislador para Estado juiz, mas um documento real, de Estado legislador para Sociedade de Estado para Sociedade para Estado juiz.

Segundo Konrad Hesse<sup>10</sup>:

É necessária a aplicação de uma interpretação construtiva para garantir a força normativa do texto constitucional, garantindo a consolidação e preservação da força normativa da Constituição. Entretanto, essa interpretação deve considerar os fatos concretos da vida, outrossim, a interpretação adequada é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação.

O Direito é um processo aberto<sup>11</sup>, justamente porque é próprio dos valores, das fontes dinamizadoras de todo o ordenamento jurídico e segundo o positivismo, o Direito é um sistema de preceitos puramente lógicos, sendo papel do jurista, fazer abstração da origem empírica dos preceitos e dos valores morais que ditaram a sua existência. Portanto, de acordo com a

nova normatividade, a norma não pode ser devidamente compreendida, exteriormente ao processo de adequação da realidade em conformidade com as exigências ideais ou da atualização de fins éticos no domínio das relações de convivência.

O jurista não pode se desapegar da realidade concreta<sup>12</sup>, nem ser tentado e atraído por um ideal sublime de justiça, ou ainda pela beleza das formas lógicas puras, menos ainda das circunstâncias de seu meio social, com todas as suas peculiaridades e contingências. Ou seja, ele fica entre o que deve ser e o que é, sentindo ainda que a realidade histórica jamais exaure e atualiza os valores ideais que sugere e revela. Nesta tensão entre o abstrato e o concreto, entre a realidade e o modelo, nesse ofegar entre ser e dever ser, reside toda a vida dramática e autêntica do Direito.

A democracia dos cidadãos, segundo Peter Häberle<sup>13</sup> é alcançada em uma parte significativa com o desenvolvimento interpretativo das normas constitucionais. A sociedade é livre e aberta na medida em que se amplia o círculo de intérpretes da Constituição em sentido lato, levando-se a uma relativização da hermenêutica constitucional jurídica.

Frente ao sentido material da Constituição, torna-se legítima a invocação de outros valores substantivos, como justiça, igualdade e liberdade, e não apenas o valor da democracia, para atribuir à magistratura uma competência interpretativa em sentido forte. Diante da historicidade e da estrutura do texto constitucional, ou se confere liberdade ao intérprete para concretizar aqueles princípios, ou se renuncia à pretensão de vivenciar a Constituição. Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>14</sup>

9 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha; Organizadores. *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: Edifício, 2006. p. 53.

10 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991. p. 22 - 23.

11 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 574.

12 REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 578.

13 HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 40, 41.

14 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. *Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade*. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha; Organizadores. *Direitos*

elucida que:

(...) Na equação dos poderes que se reparam como órgãos da soberania do Estado nas condições impostas pelas variações conceituais derivadas da nova teoria axiológica dos direitos fundamentais, resta apontar esse fenômeno de transferência e transformação política: a tendência do poder judiciário subir de autoridade e prestígio, enquanto o Poder Legislativo se apresenta em declínio de força e competência. (...) Poder-se-ia vislumbrar na proporcionalidade não somente um critério de contenção do arbítrio do poder e salvaguarda da liberdade, mas, por igual, em nível hermenêutico, um excelente mecanismo de controle, apto a solver, por via conciliatória, problemas derivados de uma eventual colisão de princípios, isto sobretudo tocante à interpretação de direitos fundamentais.

Robert Alexy<sup>15</sup> nos ensina que:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdade do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. (...) saber se e em que medida se deve atribuir aos dispositivos de direitos fundamentais normas que garantam direitos a prestações em sentido amplo é uma das questões mais polêmicas da atual dogmática dos direitos fundamentais, principalmente no que tange aos direitos sociais.

O Supremo Tribunal Federal, através de suas decisões relevantes sobre direitos fundamentais, deixa claro que sua jurisprudência apresenta pontos de contribuição para a discussão sobre os princípios na Constituição que são muitos mais ricos que aqueles presentes apenas na história da elaboração do texto constitucional.

## 1. ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A soberania popular<sup>16</sup> e os direitos fundamentais da pessoa humana dependem do Poder Judiciário, pois a proteção con-

*humanos fundamentais: positivação e concretização.* Osasco: Edifício, 2006. p. 38.

15 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 433.

16 SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a "O Poder Judiciário no regime democrático". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 714.

tra o arbítrio, seja por parte do governo, da maioria, de poderes públicos ou privados, é assentada na confiança da atuação independente e responsável do Poder Judiciário. Desse modo, o Judiciário e a democracia estão intrinsecamente relacionados, podendo-se afirmar que quanto maior o grau de fidedignidade na atuação do Poder Judiciário, para garantia da soberania popular e para o respeito absoluto aos direitos fundamentais, muito maior será o grau alcançado de democracia pela sociedade.

A Suprema Corte brasileira<sup>17</sup> tem desempenhado um papel ativo na vida institucional da sociedade, na tomada de decisões sobre algumas das grandes questões nacionais. Isso tem gerado aplausos e críticas, trazendo a necessidade de uma reflexão, uma vez que esse fenômeno não é peculiaridade nossa, pois em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se como protagonistas de decisões que envolviam questões de vasto alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. Salienta Luis Roberto Barroso<sup>18</sup> que:

Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) Políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) Relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilos e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) Direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso

17 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em junho de 2011.

18 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em junho de 2011.



no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àquelas que ocorram no serviço público. (...) A judicialização, que de fato existe, não decorreu de uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte. Limitou-se ela a cumprir, de modo estrito, o seu papel constitucional, em conformidade com o desenho institucional vigente. Pessoalmente, acho que o modelo tem nos servido bem.

Alexandre Mordecai<sup>19</sup> Bickel abordou o tema relativo ao avanço dos Tribunais sobre espaços que, segundo creem, deveriam ficar reservados ao processo político, salientando que:

Os tribunais têm certa capacitação para lidar com questões de princípios que o Legislativo e o Executivo não possuem. Juízes têm, ou devem ter, a disponibilidade, o treinamento e o distanciamento para seguir os caminhos da sabedoria e isenção ao buscar os fins públicos. Isto é crucial quando se trata de determinar os valores permanentes de uma sociedade. Este distanciamento e o mistério maravilhoso do tempo dão aos tribunais a capacidade de recorrer aos melhores sentimentos humanos, captar as melhores aspirações, que podem ser esquecidos nos momentos de grande clamor.

A crescente adoção<sup>20</sup> das declarações de direitos criaram uma demanda de proteção sobre as jurisdições de todo o mundo, e, os Estados Unidos possuem, desde 1791, um conjunto de emendas constitutivas do *Bill of rights* com valor de direito positivo e remarcada influencia na jurisprudência da Suprema Corte. Atualmente, vários países da *civil Law* também acreditam no Judiciário como uma instância de promoção e defesa dos direitos fundamentais. Alguns países da *Common Law*, que estão habituados com a posição soberana do legislador, passaram a admitir que os juízes realizassem relativo controle sobre os atos legislativos em face dos direitos fundamentais, base das constituições dos Estados Democráticos de Direitos. Maria Tereza Aina Sadek<sup>21</sup> es-

19 BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 172.

20 SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 79.

21 SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a "O Poder Judiciário no regime democrático".

clarece que:

O Judiciário é um poder de Estado e, como tal, divide com o Executivo e com o Legislativo a responsabilidade pela efetiva realização dos direitos humanos e pelo respeito à soberania popular. A Constituição projetou uma arquitetura na qual o Judiciário assumiu um papel de primeiríssima grandeza. Trata-se de uma instituição com dupla face: política e de prestação de serviço. O componente mais explicitamente político se manifesta em sua atribuição de exercer o controle da constitucionalidade de leis e atos normativos de autoria dos demais poderes. O lado de agência pública encarregada de oferecer serviços volta-se para a garantia de direitos, para a solução de conflitos, para o impedimento e sanções a violações aos direitos humanos e fundamentais.

Para os grandes teóricos políticos norte-americanos, Madison e Hamilton<sup>22</sup>, o distanciamento do juiz das causas políticas e dos choques de opiniões, dão-lhes os atributos necessários para a defesa imparcial das normas constitucionais.

Para Madison<sup>23</sup>, um estatuto que conduzisse ao afastamento dos juízes das paixões populares, cultivaria um senso de responsabilidade e a virtude do bom exercício da defesa constitucional. Como nem à maioria e nem à minoria poderia ser confiada a missão de definir a liberdade de uma da outra, restava à Corte Suprema desenvolver uma teoria de arbitragem, constitucionalmente fundada.

Hamilton<sup>24</sup> destacava a independência judicial como uma necessidade para a proteção da Constituição e dos direitos individuais da influência de conjunturas especiais disseminadas entre o povo, uma vez que a integridade e a moderação do Judiciário levam a uma defesa mais efetiva contra as leis que violam direitos fun-

In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 715.

22 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista. Papers* n. 49 e 78. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 316-469.

23 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista. Papers* n. 49 e 78. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 316-469.

24 HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista. Papers* n. 49 e 78. Brasília: Universidade de Brasília, 1984. p. 316-469.

damentais, ou seja, leis injustas e parciais. De acordo Fábio Konder Comparato<sup>25</sup>:

(...) é ingênuo acreditar que a evolução constitucional pôs, finalmente, juizes e tribunais ao abrigo da avassaladora hegemonia governamental. Se quisermos garantir a independência do Poder Judiciário, precisamos, sobretudo, protegê-lo contra as indevidas incursões do Executivo em seu território.

Exigindo-se total independência do Poder Judiciário<sup>26</sup> no julgamento dos demais Poderes Públicos à luz dos mandamentos constitucionais e legais, é justo que o corpo de magistrados se submeta a um controle externo do seu comportamento por outros órgãos, para efeito de apuração de suas responsabilidades. Contudo, essa intervenção de controle não deve comprometer a independência do julgamento, pois não se trata de revisar as decisões proferidas, mas controlar o desempenho do magistrado no exercício da sua função privativa e de sua conduta pessoal fora da atuação funcional. De acordo com entendimento de Eduardo Cambi<sup>27</sup>:

Se os Poderes Legislativo e Executivo não se desincumbem de seus misteres, desobedecendo às diretivas da Constituição da República, não é correto afirmar que o Poder Judiciário não possa, no exercício de sua atividade típica (jurisdição), concretizar o comando emergente de uma norma constitucional sempre que aqueles que deveriam tê-lo feito, não exerçam suas funções de maneira lhana. Aliás, "Confiar unicamente, na concretização do interesse público, por parte dos administradores públicos, eleitos para isto, é fechar os olhos para a realidade brasileira marcada por inúmeros políticos despreparados, oportunistas, corruptos ou que fazem uso inadequado do dinheiro público". Em razão disso, pode o Judiciário exercer papel ativo na implementação dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

25 COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estudos avançados 18 (51). Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004. p. 153.

26 SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a "O Poder Judiciário no regime democrático". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 717.

27 CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora RT, 2009. p. 245.

Para Luis Roberto Barroso<sup>28</sup>:

Há causas de naturezas diversas para o fenômeno do ativismo judicial. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juizes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos, como uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas. No Brasil, o fenômeno assumiu proporção ainda maior, em razão da constitucionalização abrangente e analítica – constitucionalizar é, em última análise, retirar um tema do debate político e trazê-lo para o universo das pretensões judicializáveis – e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas. Como consequência, quase todas as questões de relevância política, social ou moral foram discutidas ou já estão postas em sede judicial, especialmente perante o Supremo Tribunal Federal.

Luis Roberto Barroso<sup>29</sup> entende ainda que:

O ativismo é uma atitude, que identifica uma interpretação expansiva da Constituição, incluindo no seu âmbito de alcance questões que não foram nela expressamente contempladas. O Supremo tem interpretado pró-ativamente a Constituição e, assim, atende as demandas da sociedade. Não considero que o Tribunal esteja invadindo o espaço da política no sentido impróprio que isso poderia significar. O Supremo tem invadido o espaço da política, em alguma medida, munido da Constituição. Isso não é um fenômeno positivo ou negativo, mas sim uma circunstância da realidade brasileira. Na Suprema Corte americana, processo muito semelhante aconteceu a partir de 1953, depois que o juiz Earl Warren tornou-se presidente daquele tribu-

28 BARROSO, Luis Roberto. **Constituição**, Democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em junho de 2011.

29 BARROSO, Luis Roberto. *Entrevista com o autor*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judiciario\\_toma\\_conta](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judiciario_toma_conta). Acesso em junho de 2011.

nal. Ele liderou a fase do ativismo judicial da Suprema Corte, que vai até 1969, quando ele se aposenta.

A expansão da ação judicial<sup>30</sup> é uma das marcas fundamentais nas sociedades democráticas contemporâneas, e isso é notado através do protagonismo do Poder Judiciário nos Estados Unidos e em vários países da Europa, onde os textos constitucionais, ao incorporar princípios, viabilizam o espaço necessário para interpretações construtivistas, especialmente por parte da jurisdição constitucional, indicando que está surgindo um possível “direito judicial”. Gisele Cittadino<sup>31</sup> esclarece que:

As diversas investigações voltadas para a elucidação dos casos de corrupção que envolvem a classe política e as diversas instituições que defendem uma relação de compromisso entre o Poder Judiciário e a soberania popular fazem com que se compreenda a expansão do Poder Judiciário como um reforço da lógica democrática, e, percebe-se uma mobilização política da sociedade, e desse modo, o vínculo entre democracia e ativismo judicial vem sendo designado como judicialização da política. Esse processo de judicialização da política é marcado pela decadência do constitucionalismo liberal, de marca positivista que é exclusivamente voltado para a defesa de um sistema fechado de garantias da vida privada.

De acordo Robert Alexy<sup>32</sup>:

O ponto de partida é a ideia de que os direitos fundamentais, enquanto direitos individuais, em face do legislador, são posições que, por definição, fundamentam deveres do legislador e restringem suas competências e o simples fato de um tribunal constitucional agir no âmbito da legislação se constata, por razões ligadas aos direitos fundamentais, um não-cumprimento de um dever ou uma violação de competência por parte do legislador não justifica uma objeção de uma transferência

inconstitucional das competências do legislador para o tribunal. Se a Constituição confere ao indivíduo direitos contra o legislador e prevê um tribunal constitucional (também) para garantir esses direitos, então, a atividade do tribunal constitucional no âmbito da legislação que seja necessária à garantia desses direitos não é uma usurpação inconstitucional de competências legislativas, mas algo que não apenas é permitido, mas também exigido pela Constituição.

O fato de um direito existir<sup>33</sup>, não pode depender exclusivamente de sua justificabilidade, não importando como esta seja acentuada, pois, se um direito existe, ele já é justificável. Ademais, se os direitos fundamentais dependerem de uma configuração infraconstitucional, não se trata de uma oposição decisiva, uma vez que as competências e procedimentos também dependem desse tipo de regulação. Portanto, isso vale para outros tipos de direitos fundamentais. Conforme demonstra a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, um tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissivo. Suas possibilidades são desde a simples constatação de uma inconstitucionalidade, até o passar pelo estabelecimento de um prazo dentro do qual deve ocorrer uma legislação compatível com a Constituição, uma determinação judicial direta do que é obrigatório em virtude da efetividade da Constituição.

A Corte Constitucional em um Estado Democrático de Direito<sup>34</sup>, não pode olvidar que ela é tida como protetora de um processo legislativo democrático, de um processo de criação democrática do direito, cuja função é velar para que se respeitem os procedimentos democráticos para uma formação da opinião e da vontade políticas de tipo inclusivo, e não como guardiã de uma suposta ordem suprapositiva de valores substanciais. Para Fábio

30 CITTADINO, Gisele. *Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito*. In: BITTAR, Eduardo C. Bianca; TOSI, Giuseppe. Organizadores. *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. p. 83.

31 CITTADINO, Gisele. *Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito*. In: BITTAR, Eduardo C. Bianca; TOSI, Giuseppe. Organizadores. *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. p. 84.

32 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 546.

33 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 546.

34 CITTADINO, Gisele. *Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito*. In: BITTAR, Eduardo C. Bianca; TOSI, Giuseppe. Organizadores. *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. p. 89.



### Konder Comparato<sup>35</sup>,

Na verdade, a democracia é o regime político no qual ninguém, nem mesmo o povo soberano, exerce um poder absoluto, sem controles. O poder soberano do povo só pode ser exercido, legitimamente, no quadro da Constituição. E é, justamente, ao Poder Judiciário que incumbe a magna função de interpretar os limites constitucionais dentro dos quais há de ser exercida a soberania popular.

Se o vínculo entre ativismo judicial<sup>36</sup> e cidadania ativa não pode considerar o direito como um entrave ao processo democrático, isto não significa que o processo de judicialização da política não tenha espaço em uma sociedade que valoriza a associação entre direito legítimo e democracia. Ou seja, o processo de judicialização da política pode ser desvinculado das concepções valorativas de uma comunidade ética e de intérpretes pelo amplo processo hermenêutico de uma sociedade aberta, que procura dar densidade e corporificação aos princípios abstratamente configurados na Constituição.

Se no Brasil, permitimos discutir atualmente<sup>37</sup>, o processo de judicialização da política, é porque fomos capazes de superar o autoritarismo e reconstruir o Estado de Direito que foi promulgado por uma Constituição que, representa um consenso, ainda que formal, em torno de princípios jurídicos universais, necessário se faz inscrever os seus princípios em nossa história política. Tércio Sampaio Ferraz Júnior<sup>38</sup> lembra que:

O objetivo do Estado liberal era o de *neutralizar* o Poder Judiciário frente aos demais poderes. Mas, no Estado democrático de di-

reito o Judiciário, como forma de expressão do poder estatal, deve estar alinhado com os escopos do próprio Estado, não se podendo mais falar numa *neutralização de sua atividade*. Ao contrário, o Poder Judiciário encontra-se constitucionalmente vinculado à política estatal. (...) Como toda atividade política (políticas públicas) exercida pelo Legislativo e pelo Executivo deve compatibilizar-se com a Constituição, cabe ao Poder Judiciário analisar, em qualquer situação e desde que provocado, o que se convencionou chamar de 'atos de governo' ou 'questões políticas', sob o prisma do atendimento aos fins do Estado (art. 3º da CF/88), ou seja, em última análise à sua constitucionalidade. O controle da constitucionalidade das políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim, não se faz apenas sob o prisma da infringência frontal à Constituição, pelos atos do Poder Público, mas também por intermédio do cotejo desses atos com os fins do Estado. (...) Diante dessa nova ordem, denominada de *judicialização da política*, contando com o juiz como co-autor das políticas públicas, fica claro que sempre que os demais poderes comprometerem a integridade e a eficácia dos fins do Estado – incluindo a dos direitos fundamentais, individuais ou coletivos – o Poder Judiciário deve atuar na sua função de controle.

Luís Roberto Barroso<sup>39</sup> comenta, em razões do ativismo judicial no Brasil, que:

A ideia de ativismo está associada a uma participação mais ampla e intensa do Poder Judiciário na concretização dos princípios, valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição Federal a situações não expressamente contempladas em seu texto, independentemente da manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; (iii) a imposições de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas. (...) A nova composição do STF, por Ministros bastante preocupados com a concretização dos valores e princípios constitucionais; e a crise de funcionalidade do Poder Legislativo, que estimula tanto a emissão de Medidas Provisórias pelo Executivo como o ativismo judicial do judiciário. Todo poder quando não exercido (ou quando não bem exercido) deixa vácuo e sempre existe alguém pronto para preencher esse espaço vazio por ele deixado.

35 COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estudos avançados 18 (51). Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004. p. 156.

36 CITTADINO, Gisele. *Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito*. In: BITTAR, Eduardo C. Bianca; TOSI, Giuseppe. Organizadores. *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008. p. 89.

37 CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. p. 110. Disponível em: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf). Acesso em: junho de 2011.

38 FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *O Judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência*. Revista USP, n. 21, mar.-mai. 1994. p. 14.

39 BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial.pdf). Acesso em junho de 2011.

Quem governa com grandes omissões constitucionais de natureza material<sup>40</sup> deprecia os direitos fundamentais interpretando-os a favor dos fortes e contra os fracos. Desse modo, governa fora da legítima ordem econômica, social e cultural se esquivando da tridimensionalidade emancipativa contida nos direitos fundamentais da segunda, terceira e quarta gerações. Assim, admite-se que a Constituição formal perca a sua legitimidade com o solo das instituições revolvido pelos abalos violentos e frequentes da crise constituinte. Não se pode perder o fundamento do constitucionalismo, qual seja, os direitos fundamentais, pois não existem direitos fundamentais sem a constitucionalidade da ordem material, cujo escopo é o de conduzir ao princípio da igualdade, base de todos os valores sociais de justiça.

O papel do Judiciário<sup>41</sup>, das cortes constitucionais e dos Supremos Tribunais, deve ser o de proteger o processo democrático, promovendo os valores constitucionais e superando o *deficit* de legitimidade dos demais Poderes. Ademais, nos países de tradição democrática menos enraizada, cabe ao Tribunal Constitucional garantir a estabilidade institucional, arbitrando conflitos entre os Poderes ou entre estes e a sociedade civil, pois o grande papel dos Supremos Tribunais, não é outro senão o de resguardar os valores fundamentais e os procedimentos democráticos, assegurando desse modo, a estabilidade institucional. Como bem elucida Eduardo Carlos Bianca Bittar<sup>42</sup>:

Caminhar em direção ao Estado Constitucional significa ampliar a função política do judiciário, ou seja, abraçar as críticas ao Estado

40 BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 601.

41 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. nº 9. Bahia. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-LUIZ%20ROBERTO%20BARROSO.pdf>. Acesso em maio de 2011.

42 BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha: Organizadores. *Direitos humanos fundamentais: positivação e concretização*. Osasco: Edifício, 2006. p. 54.

de direito, quais sejam, o rigorismo dedutivista da legalidade e a limitação do positivismo jurídico, para constituí-lo não como o único intérprete do ordenamento jurídico e nem mesmo como o intérprete que parte do Código de Direito Privado para compreender o sistema jurídico. Trata-se de entender que a função política do Poder Judiciário é a que desloca sua função de aplicador do sistema codificado em direção à politização do sentido das metas sociais, das ambições axiológicas, das finalidades política eleitas, contidas na dinâmica de uma Constituição de caráter pluralista e democrático.

Com a elevação dos direitos fundamentais ao cume do ordenamento jurídico, gera-se para a sociedade o direito de postulação de tais direitos, cabendo, portanto, ao Poder Judiciário, através do ativismo judicial, a efetivação dos princípios fundamentais constitucionais. Estes, base do estado Democrático de Direito, materializam os fins constitucionais frente à omissão dos outros Poderes, na garantia, por meio de políticas públicas, dos direitos fundamentais.

## 2. O ATIVISMO JUDICIAL ATRAVÉS DAS DECISÕES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Por meio de instrumentos jurídicos como, o mandado de injunção e ações coletivas, o Supremo Tribunal Federal, frente às lacunas deixadas pelo Poder Legislativo e cumprindo seu papel de guardião dos direitos fundamentais, vem procurando propor medidas políticas governamentais, com o escopo de atender ao real interesse da sociedade, buscando a efetivação e concretização dos direitos instituídos na Constituição Federal, através do ativismo judicial. Segundo Luis Roberto Barroso<sup>43</sup>:

A jurisdição constitucional legitimou-se, historicamente, pelo inestimável serviço prestado às duas idéias centrais que se fundiram para criar o moderno Estado democrático de direito: constitucionalismo (i.e., poder limitado e respeito aos direitos fundamentais) e democracia (soberania popular e governo

43 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 26-72, out. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540>. Acesso em junho de 2011.

da maioria). O papel da corte constitucional é assegurar que todos estes elementos convivam em harmonia, cabendo-lhe, ademais, a atribuição delicada de estancar a vontade da maioria quando atropela o procedimento democrático ou vulnera direitos fundamentais da minoria. Um bom exemplo foi a decisão do STF reconhecendo o direito público subjetivo, assegurado às minorias legislativas, de ver instaurada Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI dos Bingos). Diante da inércia dos líderes partidários em indicar representantes de suas agremiações, a Corte concedeu mandado de segurança para que o próprio Presidente do Senado designasse os nomes faltantes. V. *Inf. STF 393, MS 24.831, Rel. Min. Celso de Mello, j. 22 jun. 2005.*

A Constituição protege os direitos fundamentais<sup>44</sup> determinando a adoção de políticas públicas competentes a realizá-los. Ainda conferiu as decisões sobre o investimento de recursos e as opções políticas a serem perseguidas aos Poderes Legislativo e Executivo. Contudo, para garantir a supremacia da Constituição, a ideia de democracia não se resume ao princípio majoritário, ao governo da maioria, uma vez que existem outros princípios a serem defendidos e há direitos da minoria a serem respeitados, onde, cidadão é diferente de eleitor e governo do povo não é governo do eleitorado. No geral, o processo político majoritário se move por interesses, ao passo que a lógica democrática se inspira em valores; portanto, muitas vezes, só restará o Judiciário para preservá-los.

O Ministro Celso de Mello<sup>45</sup>, no discurso proferido em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, com grande maestria, trouxe uma reflexão do que vem a ser o papel primordial do Supremo Tribunal Federal, enunciando que:

Incumbe, aos Juízes e Tribunais, notadamente a esta Corte Suprema, o desempenho do

44 BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, Brasília, v. 1, n. 2, p. 50, out. 2006. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br/dspace/handle/2011/18540>. Acesso em junho de 2011.

45 *Discurso proferido pelo Ministro Celso de Mello, em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008.* Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em junho de 2011.

dever que lhes é inerente: o de velar pela integridade dos direitos fundamentais de todas as pessoas, o de repelir condutas governamentais abusivas, o de conferir prevalência à essencial dignidade da pessoa humana, o de fazer cumprir os pactos internacionais que protegem os grupos vulneráveis expostos a práticas discriminatórias e o de neutralizar qualquer ensaio de opressão estatal. Esta Suprema Corte, Senhor Presidente, possui a exata percepção dessa realidade e tem, por isso mesmo, no desempenho de suas funções, um grave compromisso com o Brasil e com o seu povo, e que consiste em preservar a intangibilidade da Constituição que nos governa a todos, sendo o garante de sua integridade, impedindo que razões de pragmatismo ou de mera conveniência de grupos, instituições ou estamentos prevaleçam e deformem o significado da própria Lei Fundamental. Isso significa reconhecer que a prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada - ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam - um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República. Nem se censure eventual ativismo judicial exercido por esta Suprema Corte, especialmente porque, dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário, de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito, inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos. Na realidade, o Supremo Tribunal Federal, ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos poderes do Estado, nada mais faz senão cumprir a sua missão constitucional e demonstrar, com esse gesto, o respeito incondicional que tem pela autoridade da Lei Fundamental da República. Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade. Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como

o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juizes incorruptíveis, pois o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

Tendo-se por base que a democracia<sup>46</sup> não se amplia apenas no contexto de delegação de responsabilidade formal do povo, numa sociedade aberta, ela se desenvolve também por meio de formas apuradas de mediação do processo público e pluralista da política e isso, através da concretização dos direitos fundamentais.

Salienta-se uma decisão do Supremo Tribunal Federal<sup>47</sup>, que, preocupado com a efetivação e concretização dos Direitos Fundamentais esclarece que:

O Poder Público, quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório, infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. (...) A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

46 HÄBERLE, Peter. Hermenêutica constitucional. Sociedade aberta de intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997. p. 42.

47 STF. ADI 1484. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Publicado em 28 de agosto de 2001.

O Ministro Celso de Mello<sup>48</sup>, em decisão do Supremo Tribunal Federal, impugnando a Medida Provisória que fixava um novo valor do salário mínimo, expõe que, a insuficiência do valor correspondente ao salário mínimo, definido em importância que se revele incapaz de atender às necessidades vitais básicas do trabalhador e dos membros de sua família, configura um claro descumprimento, ainda que parcial, da Constituição da República. Pois o legislador, em tal hipótese, longe de atuar como sujeito concretizante do postulado constitucional que garante à classe trabalhadora um piso geral de remuneração digna, estará realizando, de modo imperfeito, porque incompleto, o programa social assumido pelo Estado na ordem jurídica, pontuando que a omissão do Estado, que deixa de cumprir a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica. Eis que, mediante inércia, o Poder Público desrespeita a Constituição, comprometendo a eficácia da declaração constitucional de direitos, impedindo assim, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Carta Magna.

Não deve o Supremo Tribunal Federal, por temor de sugerir um ativismo, negar-se de fazer efetivar os direitos fundamentais basilares da Constituição Federal, quando a lei se mostrar contrária ao direito. Pois o papel da Corte Suprema, entre outros, é o de reinterpretar os velhos dogmas<sup>49</sup>, adaptando-os ao moderno Estado constitucional, que sem deixar de ser liberal, tornou-se igualmente social e democrático, não apenas através da ação do Poder Legislativo, ou ainda, pelo intervencionismo do Poder Executivo, mas também

48 STF. ADI 1442. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Publicado em 29 de abril de 2005.

49 COELHO, Inocêncio Martires. Ativismo judicial ou criação judicial do direito?. Palestra proferida no V Congresso de Direito da FAETE, *Ativismo judiciário: um diálogo com o Professor José de Albuquerque Rocha*, realizado em Teresina, Piauí, nos dias 12 a 14 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em junho de 2011.



pela atuação política das modernas Cortes Constitucionais, que estão realmente comprometidas com o desenvolvimento da cidadania e a efetivação dos direitos fundamentais.

O atual ativismo judicial da Suprema Corte brasileira, não constitui uma extravagância dos Ministros, ao contrário, traduz a indispensável participação do Judiciário na necessária tarefa de construir o direito juntamente com o Poder Legislativo, antecipando a concretização dos direitos fundamentais do cidadão e caminhando com a nova visão da sociedade. Inocêncio Mártires Coelho<sup>50</sup> explica que:

A criação judicial do direito, aplaudida por uns e malsinada por outros, não constitui ato solitário e, tampouco, espontâneo dos juízes e tribunais, no exercício da jurisdição. Pelo contrário, configura *ato complexo* e instigado de *fora*, que se produz no âmbito de um processo dialético, do qual participam múltiplos atores, embora, no conjunto, tenha maior relevo a figura do julgador porque a ele compete dar a palavra final, que põe termo ao *conflito de interpretações* em que consiste a realização judicial do direito. se tivermos presente que o exercício da jurisdição desenvolve-se no âmbito de um modelo discursivo regrado – cujas normas enlaçam e integram, compulsoriamente, os sujeitos, condutas, fases e atos processuais –, aquilo que rotulamos de *criação judicial do direito*, em verdade, não é obra exclusiva de juízes e tribunais, antes configura a *grand finale* de uma peça dramática de extração social, que é escrita pelo legislador e encenada por múltiplos personagens – atores e figurantes –, aos quais chamamos, indistintamente, de agentes da realização judicial do direito.

De acordo Luiz Flávio Gomes<sup>51</sup>:

O STF vem enfrentando nos últimos tempos temas ideologicamente muito polêmicos. Primeiro foi o reconhecimento jurídico da união homoafetiva. Depois veio a marcha da maconha, como liberdade de expressão e de

50 COELHO, Inocêncio Mártires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Palestra proferida no V Congresso de Direito da FAETE, *Ativismo judiciário: um diálogo com o Professor José de Albuquerque Rocha*, realizado em Teresina, Piauí, nos dias 12 a 14 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em junho de 2011.

51 GOMES, Luiz Flávio. *União homoafetiva, caso Battisti e marcha da maconha*. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/uniao-homoafetiva-caso-battisti-e-marcha-da-maconha/284/>. Acesso em junho de 2011.

reunião e o caso Battisti (comunista que acabou não sendo extraditado). Em breve vem o aborto anencefálico e assim por diante. Por mais que a Justiça brasileira possa ser criticada (em razão da morosidade, sobretudo), não se pode negar o quanto nosso direito avançou em razão das decisões corajosas do STF, que se mostra progressista em temas onde prospera um terrível e anacrônico conservadorismo. Todos os assuntos que afetam diretamente ou afligem diariamente milhares de cidadãos estão exigindo posicionamento do STF porque, em regra, estão fora do âmbito do “legislável”, pelo menos de acordo com a atual composição do Congresso Nacional, onde é impossível qualquer tipo de consenso entre as antagonicas ideologias lá presentes.

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277, que versa sobre a união homoafetiva, defendendo um direito fundamental da minoria, decidiu pelo reconhecimento da união estável para casais do mesmo sexo, conforme voto proferido pelo Ministro Celso de Mello<sup>52</sup>:

O desprestígio da Constituição por inércia de órgãos meramente constituídos representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado, que não tolera, porque inadmissível, o desrespeito, pela maioria, dos direitos e interesses de grupos minoritários. Esse protagonismo do Poder Judiciário, fortalecido pelo monopólio da última palavra de que dispõe o Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional, nada mais representa senão o resultado da expressiva ampliação das funções institucionais conferidas ao próprio Judiciário pela vigente Constituição, que converteu os juízes e os Tribunais em árbitros dos conflitos que se registram no domínio social e na arena política, considerado o relevantíssimo papel que se lhes cometeu, notadamente a esta Suprema Corte, em tema de jurisdição constitucional. Daí a plena legitimidade jurídico-constitucional da decisão que o Supremo Tribunal Federal está a proferir neste julgamento, que representa verdadeiro marco histórico no processo de afirmação e de consolidação dos direitos da minoria homossexual em nosso País. Torna-se de vital importância reconhecer, Senhor Presidente, que o Supremo Tribunal Federal – que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do poder constituinte – não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da

52 STF. ADI 4277 e ADPF 132. Voto do Ministro CELSO DE MELLO. Informativo do STF 626.



gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, o amparo das liberdades públicas (com a consequente proteção dos direitos das minorias), a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, julgo procedente a presente ação constitucional, para, com efeito vinculante, declarar a obrigatoriedade do reconhecimento, como entidade familiar, da união entre pessoas do mesmo sexo, desde que atendidos os mesmos requisitos exigidos para a constituição da união estável entre homem e mulher, além de também reconhecer, com idêntica eficácia vinculante, que os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis estendem-se aos companheiros na união entre pessoas do mesmo sexo.

Outro exemplo de decisão que efetiva os direitos fundamentais se mostrou no julgamento da Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) de acordo com o voto do Relator, Ministro Celso de Mello<sup>53</sup>:

A liberdade de expressão é um dos mais importantes direitos fundamentais do sistema constitucional brasileiro. Ela representa um pressuposto para o funcionamento da democracia, possibilitando o livre intercâmbio de idéias e o controle social do exercício do poder. De mais a mais, trata-se de direito essencial ao livre desenvolvimento da personalidade humana, uma vez que, como ser social, o homem sente a necessidade de se comunicar, de exprimir seus pensamentos e sentimentos e de tomar contato com os seus semelhantes. Por isso, a liberdade de expressão protege simultaneamente os direitos daqueles que desejam expor as suas opiniões ou sentimentos e os do público em geral. Quando se proíbe uma manifestação qualquer, viola-se tanto a liberdade dos que são impedidos de exprimir as suas ideias, como também os direitos dos integrantes do público, que são privados do contato com pontos de vista que poderiam ser importantes para que formassem livremente as suas próprias opiniões. No caso, a interpretação questionada do art. 287 do Código Penal viola gravemente tal direito, pois permite que seja tratada como ilícito penal a realização de reunião pública, pacífica e sem armas, devidamente comunicada às autoridades competentes, só porque voltada à defesa da legalização das drogas. Evidentemente, seria ilícita uma reunião em que as pessoas se encontrassem para consumir drogas ilegais ou para instigar terceiros a usá-las. Não é este

53 STF. ADPF 187. Voto do Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 15 de junho de 2011.

o caso de reunião voltada à crítica da legislação penal e de políticas públicas em vigor, em que se defenda a legalização das drogas em geral, ou de alguma substância entorpecente em particular. (...) Ante o quadro, julgo inteiramente procedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental, para conferir interpretação conforme à Carta da República ao artigo 287 do Decreto-Lei nº 2.848/40, afastando a aplicação do dispositivo às manifestações públicas em favor da descriminalização de substâncias psicotrópicas, em especial a denominada "marcha da maconha".

Faz-se mister salientar que, o Supremo Tribunal Federal, através do ativismo judicial e diante da atual política brasileira, ao efetivar direitos fundamentais, está contribuindo para a realidade de uma sociedade mais justa, democrática, livre e solidária, uma vez que, existem direitos da minoria que devem ser respeitados e que clamam por um papel mais ativo do Judiciário, com a finalidade de promover e concretizar os valores constitucionais que fortalecem o Estado Democrático de Direito.

## CONCLUSÃO

O ativismo judicial, por parte da Suprema Corte, se mostra como uma necessidade para a efetivação dos direitos fundamentais, principalmente nos casos de omissão ou lacunas deixadas pelo Poder Legislativo, pois, não basta que o Estado anuncie o reconhecimento de um direito, mas sim que esse direito venha a ser garantido e concretizado.

Conclui-se, portanto, que o ativismo judicial surgiu como forma de resolução para os conflitos de interesses da sociedade, diante de uma violação arbitrária, por parte do legislador, dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição Federal, e, desse modo, o Supremo Tribunal Federal tem o dever de desempenhar seu papel de guardião da Constituição e contribuir para a real efetivação de um Estado Democrático de Direito.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Trad. De Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2006.

CITTADINO, Gisele. Ativismo Judicial, Direitos Humanos e Estado Democrático de Direito. In: BITTAR, Eduardo C. Bianca; TOSI, Giuseppe. Organizadores. *Democracia e educação em direitos humanos numa época de insegurança*. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, 2008.

\_\_\_\_\_. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: [http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu\\_n9\\_cittadino.pdf](http://publique.rdc.puc-rio.br/revistaalceu/media/alceu_n9_cittadino.pdf). Acesso em: junho de 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O Judiciário frente a divisão dos poderes: um princípio em decadência. *Revista USP*, n. 21, mar/mai. 1994.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, Democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/noticias/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial\\_11032010.pdf](http://www.lrbarroso.com.br/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf). Acesso em junho de 2011.

\_\_\_\_\_. *Entrevista com o autor*. Disponível em: [http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando\\_legislativo\\_mal\\_judicial-rio\\_toma\\_conta](http://www.conjur.com.br/2008-set-21/quando_legislativo_mal_judicial-rio_toma_conta). Acesso em junho de 2011.

\_\_\_\_\_. **Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática**. Disponível em: [http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao\\_democracia\\_e\\_supremacia\\_judicial](http://www.lrbarroso.com.br/pt/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial). Acesso em junho de 2011.

\_\_\_\_\_. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*. nº 9. Bahia. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista>. Acesso em maio de 2011.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. Hermenêutica e Constituição: a dignidade da pessoa humana como legado à pós-modernidade. In: BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; FERRAZ, Anna Candida da Cunha: Organizadores. *Direitos humanos fundamentais: positividade e concretização*. Osasco: Edifício, 2006.

CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e neoprocessoalismo: Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora RT, 2009.

COELHO, Inocêncio Martires. *Ativismo judicial ou criação judicial do direito?* Palestra proferida no V Congresso de Direito da FAETE, *Ativismo judiciário: um diálogo com o Professor José de Albuquerque Rocha*, realizado em Teresina, Piauí, nos dias 12 a 14 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-ou-criacao-judicial-do-direito>. Acesso em junho de 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. *O Poder Judiciário no regime democrático*. Estudos avançados 18 (51). Instituto de Estudos Avançados da Universidade de São Paulo, 2004.

GOMES, Luiz Flávio. *União homoafetiva, caso Battisti e marcha da maconha*. Disponível em: <http://www.juristas.com.br/informacao/revista-juristas/uniao-homoafetiva-caso-battisti-e-marcha-da-maconha/284/>. Acesso em junho de 2011.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris. 1997.

HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*. Papers n. 49 e 78. Brasília: Universidade de Brasília, 1984.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição: Die normative Kraft der Verfassung*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MELLO, Celso de. *Discurso em nome do Supremo Tribunal Federal, na solenidade de posse do Ministro Gilmar Mendes, na presidência da Suprema Corte do Brasil, em 23/04/2008*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/discursoCM.pdf>. Acesso em junho de 2011.

REALE, Miguel. *Filosofia do direito*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 578.

SADEK, Maria Tereza Aina. Poder Judiciário e democracia: uma visita a "O Poder Judiciário no regime democrático". In: BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita; BERCOVICI, Gilberto; MELO, Claudineu de. *Direitos humanos, democracia e República: homenagem a Fábio Konder Comparato*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição reinventada pela jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 1484*. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Publicado em 28 de agosto de 2001.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 1442*. Relator: Ministro Celso de Mello. Tribunal Pleno. Publicado em 29 de abril de 2005.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADI 4277* e *ADPF 132*. Voto do Ministro CELSO DE MELLO. Informativo do STF 626. Junho de 2011.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADPF 187*. Voto do Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 15 de junho de 2011.