

A Ascensão do Judiciário e a Tensão Institucional: Judicialização, Ativismo e a Reação do Poder Legislativo (PEC 33/2011)

ABHNER YOUSSEF MOTA ARAB

Graduando em Direito pela Universidade de Brasília (UnB), Estagiário na Assessoria Processual da Secretaria-Geral da Presidência do Supremo Tribunal Federal (STF), Tem Experiência na Área de Direito, com Ênfase em Direito Processual Civil e Constitucional.

Universidade de Brasília

Submissão: 21.12.2012

Decisão Editorial: 25.02.2013

RESUMO: Questões concernentes à judicialização dos conflitos e ao ativismo judicial são bastante recorrentes nos debates constitucionais e institucionais contemporâneos. Entretanto, a problemática não é recente, e remonta ao início do fortalecimento do exercício da jurisdição constitucional. Recentemente, foi formulada no Congresso Nacional uma proposta de emenda constitucional (PEC 33/2011) que visa a alterar alguns dispositivos do Texto Magno a fim de aumentar, ou criar, diriam alguns, o controle do Legislativo sobre algumas das decisões do Supremo Tribunal Federal. É nesse contexto que se insere o presente artigo, que pretende, em linhas gerais, abordar os principais aspectos controversos sobre essa questão.

PALAVRAS-CHAVE: Ativismo judicial; constitucionalismo; controle.

ABSTRACT: Questions concerning the legalization of conflicts and judicial activism are quite recurrent in contemporary constitutional and institutional debates. However, the problem is not new and dates back to the strengthening of the exercise of constitutional jurisdiction. Recently, it was formulated in the Brazilian National Congress a proposition of constitutional amendment (PEC 33/2011) which aims to change some devices in the constitutional text to increase, or create, some would say, the control of the Legislature about some of the decisions of the Brazilian Supreme Court (STF). It is in this context that this article goes further, in general, addressing the key aspects about this controversial issue.

KEYWORDS: Judicial activism; Constitutionalism; accountability.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Jurisdição constitucional e sua necessária atuação contramajoritária; 2 A tensão institucional e a resposta do Legislativo: PEC 33/2011; 3 A ascensão do Judiciário como concretizador de direitos e garantias constitucionais; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Durante muito tempo, o grande debate em torno das questões concernentes à jurisdição constitucional se deu acerca de quem seria o titular de seu

exercício. Tal polêmica é marcada pelo conhecido debate Kelsen x Schmitt, polêmica esta que teve lugar ao final da República de Weimar. De um modo breve, costuma-se sintetizar tal debate dizendo-se que Schmitt defendia que tal função deveria ser atribuída ao chefe do Executivo, no caso, o Presidente do Reich. O controle de constitucionalidade deveria ser feito por um órgão político, dotado de legitimidade e que transmitisse tal legitimidade às suas decisões: judicializar o controle de constitucionalidade seria uma extravagância. Já Kelsen, em vias opostas, defendia a tese de que a jurisdição constitucional deveria ser exercida por um corpo judicial, uma Corte especializada. Partindo da ideia de que os membros dessa Corte deveriam ser independentes, já que não se pode ser juiz em causa própria, defendia o autor que o controle não pode se dar em pilares políticos, devendo ser feito com base em uma análise entre norma e norma, não somente entre fato e norma, como preconizava Schmitt. Mantendo a teoria de uma pirâmide normativa, sendo o seu ápice a *norma fundamental* da qual as normas inferiores devem retirar seu fundamento de validade, far-se-ia necessário, então, a existência de um Tribunal Constitucional que faria um exame de compatibilidade entre o texto editado e a norma superior, evitando que os poderes eminentemente políticos (Executivo e Legislativo) julguem suas próprias leis.

Passado mais de meio século do calor de tal debate, pode-se afirmar, hoje, que a posição kelseniana restou vencedora. A existência da jurisdição constitucional e seu exercício por meio de Tribunais Constitucionais é, hodiernamente, fato difundido mundo afora, e entende-se ser imprescindível um controle de constitucionalidade. Nesse sentido, diz-se que hoje o conceito de jurisdição constitucional se prende à necessidade de uma instância que exerça suas atribuições na solução de conflitos constitucionais da forma mais neutra e imparcial possível, de forma autônoma do *jogo político*. Diz-se assim superado o debate Kelsen x Schmitt, no sentido de que quase que não se fala mais, nos atuais debates quanto ao tema em questão, de ser o chefe do Executivo o guardião da Constituição.

Entretanto, tal debate pode ser retomado quando lhe atribuído outro viés, que talvez possa-se dizer menos formal e mais material, substancial: quais os limites da ação dos Tribunais Constitucionais? Em quais campos pode ele agir legitimamente, em quais não? De onde advém essa legitimidade? No lugar dos questionamentos acerca da legitimidade da existência da jurisdição constitucional, passa-se a questionar, agora, a legitimidade do exercício de tal jurisdição. Surge, assim, o debate da legitimação das Cortes Constitucionais, visto não serem estas corpos democráticos, eletivos ou representativos; não obstante suas decisões afetam diretamente a vida do corpo social ao qual elas se referem, excluindo a sociedade civil da participação dos debates realizados. Florescem, desse modo, questões igualmente polêmicas e cujo debate é rico e diverso.

A discussão quanto à legitimidade dos Tribunais Constitucionais ganhou força ultimamente, e, no exemplo brasileiro, se volta principalmente contra o

Supremo Tribunal Federal (cúpula de nosso sistema judiciário), devido ao grande número de decisões proferidas por tal Corte sobre assuntos não apenas jurídicos, mas de forte caráter político, e muitas vezes moral; assuntos estes que dividem a população e que, muitas vezes, contraria os interesses políticos e sociais da maioria desta. É nesse contexto que começa a ser questionada a legitimidade de tais órgãos: quando se passa a decidir no âmbito do Judiciário acerca de questões de caráter proeminentemente legislativo (no qual se decide por meio de um processo deliberativo entre representantes democraticamente eleitos e escolhidos pelo corpo social) começam as dúvidas e os questionamentos. Até que ponto tal interferência (muitas vezes denominada “ativismo judicial”) é legítima e até que limite pode ela se dar sem ameaças ao regime democrático e ao equilíbrio institucional da divisão de competências entre os Poderes sem que se desenvolva uma “ditadura constitucional” são pontos a serem debatidos dentro desse contexto.

É nesse contexto que tem aumentado a tensão institucional entre os Poderes Judiciário e Legislativo: o exercício da Jurisdição Constitucional estaria sendo *ativista*, se projetando sobre assuntos tipicamente políticos e invadindo esferas de competência do Poder Legislativo enquanto órgão de representação política da República. Esse conflito institucional gerou, recentemente, reações do Poder Legislativo, que, omissos em questões que precisam de regulamentação, viu o Poder Judiciário, e, em especial, o Supremo Tribunal Federal, agir em searas que, *prima facie*, seriam àquele atribuídas. Essas reações foram evidenciadas com a Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011 (PEC 33/2011), a qual propõe novas medidas que aumentem o controle sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, criando mecanismos de revisão, ou ratificação, de seus julgados.

É por ter um papel fundamental na atual democracia brasileira, desempenhado papel de suma importância na garantia de direitos fundamentais e individuais aos membros da sociedade, que se cobram e se questionam tanto os temas circunscritos ao Supremo Tribunal Federal. É inevitável que acabem por se propor à Corte assuntos controversos em nossa sociedade e de aparências políticas (como o reconhecimento legal das uniões estáveis homoafetivas como um tipo de entidade familiar). Entretanto, não fosse a atuação do STF, a que ponto estariam essas minorias? Certamente a omissão legislativa ainda persistiria e direitos individuais ainda encontrar-se-iam tolhidos.

Toda essa situação se dá, como já dito, em um ambiente de alegada crise de legitimidade do Poder Judiciário, visto o modo de composição de seus membros não se dar por vias democráticas ou eletivas. O presente artigo se insere dentro desse cenário da tensão institucional entre os dois poderes, e se é ou não legítima a atuação que tem tido o Judiciário em questões de caráter eminentemente político, ou até que ponto pode se dar tal atuação.

1 JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL E SUA NECESSÁRIA ATUAÇÃO CONTRAMAJORITÁRIA

Diz Zagrebelsky serem duas as condições da justiça constitucional: uma de caráter formal e outra de aspecto mais político-substancial. A primeira condição reflete um aspecto mais formalista quanto ao exercício da jurisdição constitucional: tendo em vista o crescente lugar que o Texto Constitucional ocupa em nosso sistema jurídico, sendo importante meio garantidor de direitos e liberdades individuais, no qual se cristalizam ideias como a soberania, a legitimidade, os direitos fundamentais, faz-se necessária a existência de um controle de constitucionalidade. Sendo a Constituição ocupante de um alto posto em nossa ordem legal, é ela quem “desempenha o sumo papel de inspiradora, ordenadora e diretora de todo o ordenamento jurídico” (Bonavides, p. 1); e, como já dito, não se tem mais muitas divergências quanto a essa necessidade. Já a segunda condição possui um teor mais material, envolvendo o pluralismo das forças constitucionais e questões já levantadas, tais como as concernentes à legitimidade e aos limites do exercício da jurisdição constitucional. Enquanto a primeira condição envolve problemas de ordem institucional, tem-se, na segunda, questões mais dinâmicas e axiológicas, oscilando em uma mútua interferência entre Direito e política. A relação entre tais campos aumenta quando o assunto é a Constituição, o vaso comunicante entre as duas esferas, podendo o primeiro tirar algumas importantes contribuições do processo legislativo do segundo, no qual se preza pela importância da atividade deliberativa.

Nos sistemas políticos modernos, o Poder Legislativo é, em sua maioria, composto por grandes assembleias. Essas são compostas e estruturadas de modo a representar da maneira mais substancial possível os desacordos e pluralismos existentes entre o corpo social. Dentro desse contexto é que tal poder desempenha suas funções, fazendo suas deliberações e tomando suas decisões não de modo a atingir um consenso ou chegar a uma conclusão coletiva sobre qual das posições defendidas é a correta, mas por meio da aferição, por meio de votos individuais, de qual a posição que, por enquanto, possui o maior apoio entre os membros do corpo deliberativo. É esse um traço típico da atividade política.

Comparando os aspectos levantados com a atuação de uma Corte, emergem alguns pontos interessantes. Também a Corte é estruturada de modo a permitir a manifestação de visões rivais e opostas (o judiciário é uma “instituição da controvérsia”), mas a diferença está na distinção, incorporada no ambiente judicial, entre as partes litigantes e aquele munido do poder de decisão (o juiz). São apresentados os pontos de vistas contraditórios, cada um tentando mostrar o equívoco da posição contrária, ou o acerto da posição defendida, e então o juiz, ante tais manifestações, se retira, reflete e retorna ao caso com uma decisão que se diz ser imparcial ante as declarações realizadas. Enquanto as partes, ante a um processo judicial, esperam por um juízo imparcial (e o fazem por exercício de um direito), aqueles que comparecem ante a um comitê

legislativo já sabem de antemão dos compromissos e visões partidárias de seus membros, isto é, o corpo legislativo explicitamente toma suas decisões com base em critérios partidários; isso já é traço esperado no processo legislativo. No contexto de um Tribunal Colegiado, de que é exemplo o Supremo Tribunal Federal, talvez possa se aproximar de tal contexto no sentido de que muitas vezes já se é conhecido o caminho pelo qual seguirão os votos de determinados ministros ante a uma controvérsia particular. Entretanto, tal traço é típico da atividade legislativa; e não deveria ser componente da imagem de um órgão judicial¹.

Diz-se que a votação é traço típico da atuação legislativa e, tradicionalmente, tal atuação não costuma ser vista com bons olhos; afirma-se que, algumas vezes, tal caminho:

[...] parece tão estúpido – contar cabeças e deixar um único voto marginal decidir questões, quando o que está em jogo é um grande problema de princípio ou de algum assunto complexo da política. Isso contrasta com o elaborado processo deliberativo das Cortes, nos quais os motivos e razões para uma decisão são incorporados no argumento que aparece em julgamento escrito. Um contraste desse tipo é, por vezes, tomado como base para justificar o *judicial review* nos EUA, e para argumentar a favor de mudanças constitucionais que tornariam a legislação vulnerável a um *judicial review* no Reino Unido e em outros lugares. É certo que tal argumento é geralmente utilizado sem muita atenção para o real comportamento dos Tribunais. Alguém preocupado com o procedimento do voto também deveria ser influenciado pelo fato de que os votos de cinco ministros derrotam quatro na Suprema Corte dos EUA, não importando a qualidade ou os argumentos por estes levantados.²

Conforme se pôde perceber, não obstante as críticas elencadas ao procedimento legislativo, no qual, por meio da formação de uma maioria, despreza-se o entendimento de todo o resto do corpo legiferante (que, em verdade, representa o corpo social), os Tribunais Colegiados têm adotado o mesmo procedimento. E é nesse contexto de diferenciação entre o caráter majoritário da ação política e a necessidade das garantias individuais e do direito à diferença das minorias políticas em sede da prestação de tutela jurisdicional, destacando-se, nesse sentido, a jurisdição constitucional, que se coloca o debate sobre o caráter contramajoritário do direito e seu importante papel nas plurais sociedades modernas.

Em meio a um quadro de grande pluralismo e diversidade nas sociedades contemporâneas, se desenvolveu em nossa sociedade certa “injustiça estrutural” para com os grupos minoritários, revelando atos de exclusão social, intolerância e, muitas vezes, desprezo para com o diferente. Nessa perspectiva, o Estado Democrático de Direito ainda é o melhor, e talvez o único, modo pelo

1 Waldron, 2004, p. 24.

2 Idem, p. 26 – tradução livre.

qual sejam garantidos os direitos de tais minorias. Nesse sentido, importante papel tem o judiciário com seu traço contramajoritário, e o desenvolvimento, dentro de tal modelo de Estado, de um modelo jurídico e político capaz de se adequar a diferentes contextos e a distintas realidades étnicas, culturais, regionais e religiosas, contribuirá para uma maior justiça social e para um maior reconhecimento efetivo de camadas da população que, *a priori*, se encontram excluídas em muitas das esferas sociais.

Porém, ao mesmo tempo em que se afirma um dos papéis do Direito (este deve pretender solucionar tais controvérsias, por meio da autoridade de princípios que são eles próprios também controversos), surge um problema: colocando fim a tais divergências, e orquestrando os interesses contrastantes em um ambiente de “desacordos” (*disagreements*), o direito acaba por revelar um traço antidemocrático e nada inclusivo: a solução deve ser aceita, quer concorde, quer não; os sujeitos de direito são obrigados a participar de situações que julgam injustas e indesejáveis. Tal característica é compreensível quando se trata de direito disponíveis ou patrimoniais, mas deve ser repensada nas ocasiões em que as soluções propostas acabam por violar direitos e liberdades individuais. Esse traço é notadamente claro no âmbito das Cortes Constitucionais, no qual, por vezes, esta é obrigada a se posicionar e decidir frente a um conflito de princípios constitucionais afirmativos de direitos individuais e, desse modo, emerge novamente a questão da legitimidade.

2 A TENSÃO INSTITUCIONAL E A RESPOSTA DO LEGISLATIVO: PEC 33/2011

Dentro desse contexto descrito, aumentou a tensão institucional entre os Poderes Legislativo e Judiciário. De um lado, acusa-se este de ser muito ativo e estar se ocupando de terrenos que não lhe pertencem. Por outro, aqueles são tidos como morosos, omissos e enfrentam um antigo cenário de descrença e desconfiança em meio à população.

A PEC 33/2011 sugere algumas alterações nos arts. 97, 102 e 103-A da Constituição Federal. Tais alterações provocariam mudanças na atuação do Supremo Tribunal Federal, principalmente no que tange à edição de súmulas vinculantes e ao controle de constitucionalidade de normas que alterem a Constituição Federal, isto é, o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais. No texto da proposta³, sugere-se o aumento do *quorum* para a declaração de inconstitucionalidade nos Tribunais (passaria para quatro quintos), o condicionamento do caráter vinculante das súmulas aprovadas pelo STF à prévia aprovação pelo Poder Legislativo, e a submissão das decisões que afirmem a inconstitucionalidade de emenda constitucional à análise do Congresso Nacional.

3 Texto disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>>.

Pois bem, na justificação constante do texto da proposta, afirma-se o protagonismo que o Poder Judiciário tem tido atualmente no cenário nacional, sendo bastante ativo por meio de “um modo proativo de interpretar a Constituição [...] além do que o caso concreto exige, criando normas que não passaram pelo escrutínio do legislador”. É o conhecido *ativismo judicial*, considerado distinto da judicialização dos conflitos sociais⁴, o qual, prossegue a proposta, estaria gerando quadros de insegurança jurídica e um cenário dito prejudicial à democracia, no qual o agigantamento do Judiciário estaria atraindo questões relevantes do Poder Legislativo.

As justificativas continuam, e afirmam que o Judiciário, e, em especial, é claro, o STF, deixou de ser um *legislador negativo*, figura idealizada por Kelsen⁵, passando a legislar de forma positiva, sem ter, no entanto, legitimidade democrática e eleitoral para tanto. Tendo em vista a contenção de todo esse ativismo do STF é que se propõem as mudanças no Texto Constitucional⁶, e chega-se a fazer críticas contundentes à atuação do Judiciário:

O Poder Judiciário brasileiro tem, com efeito, lançado mão de interpretações pós-positivistas, aplicando princípios constitucionais a todo tipo de situações concretas, demonstrando pouco apreço aos textos legais e adotando uma dogmática fluida, com elevado grau de liberdade. Acha-se sempre um princípio constitucional, até então pouco difundido, pronto a fundamentar uma nova decisão impregnada de valor moral. É o verdadeiro império do *panprincipiologismo*.⁷

Pois bem, não obstante as críticas que possa se fazer à PEC sob análise, é ela um movimento forte e que se coloca dentro de um quadro maior de fortes críticas ao Poder Judiciário e à sua atuação. Em sua tramitação, a PEC contou com a assinatura de 216 integrantes do Congresso Nacional, e já conta com um parecer favorável, com poucas alterações apenas⁸, do Relator da Proposta na Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania da Câmara dos Deputados. Importantes teóricos se colocariam em linha semelhante ao defender um mo-

4 A judicialização dos conflitos é tida, pela proposta, como uma consequência do modelo constitucional adotado por nosso Texto Magno; é um fato, é a submissão de diversas questões controvertidas ao crivo do Judiciário. Já o ativismo judicial seria uma postura do Judiciário, uma conduta de proeminência, causada, segundo defende o texto da PEC, pelo modelo de controle de constitucionalidade adotado pelo Brasil. O tema será fruto de maiores detalhes adiante neste artigo.

5 O conceito de legislador negativo foi cunhado por Hans Kelsen em meados do século passado, segundo o qual, comparando com o legislador (positivo) que formula leis e as coloca com vigência no ordenamento jurídico, o Judiciário, enquanto Guardião da Constituição, seria o responsável por tirá-las no ordenamento, retirando-as vigência, “legislando”, assim, de forma negativa.

6 A proposta chega a sugerir a criação de um mecanismo institucional curioso: no caso de a declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional feita pelo STF ser rejeitada pelo Congresso Nacional, convocar-se-ia a população para que diretamente votasse e decidisse a controvérsia entre os Poderes.

7 Cf. Justificativa da PEC 33/2011, p. 13.

8 No parecer do Relator são mantidas as disposições a respeito do condicionamento de caráter vinculante das súmulas do STF à apreciação do Legislativo e acerca do aumento do *quorum* necessário à declaração de inconstitucionalidade de ato normativo pelos Tribunais. Foi suprimida, no entanto, a disposição que versa sobre a submissão da declaração de inconstitucionalidade de ementas à Constituição à apreciação do Congresso Nacional.

delo mais fraco de *judicial review*, fortalecendo e melhorando a atuação do Legislativo.

3 A ASCENSÃO DO JUDICIÁRIO COMO CONCRETIZADOR DE DIREITOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

O exercício de uma jurisdição constitucional é traço típico do Estado Constitucional de Direito. Conforme afirma o constitucionalista Luís Roberto Barroso⁹, esse modelo de Estado só começou a se firmar a partir do término da II Guerra Mundial, em meados do século passado. Antes disso, predominava um modelo de Estado pelo qual os Textos Constitucionais eram tidos como documentos políticos cuja aplicação era dependente de uma maior ação do legislador e do administrador público. O *judicial review*, nos poucos lugares em que existia, tinha atuação discreta e pouco relevante, e predominava a supremacia do Parlamento, por meio da centralidade da lei. Com a implementação de um Estado Constitucional de Direito, a Constituição passa a ser vista como norma jurídica, ou melhor, como a maior das normas jurídicas dentro de um ordenamento. Nesse novo modelo que se instaura, o Texto Constitucional é que passa a ocupar posto de centralidade, e ganha força a supremacia judicial, justamente pelo exercício da jurisdição constitucional, que se dá em duas formas gerais de atuação:

A primeira, de aplicação direta da Constituição às situações nela contempladas. [...] A segunda atuação envolve a aplicação indireta da Constituição, que se dá quando o intérprete utiliza como parâmetro para aferir a validade de uma norma infraconstitucional (controle de constitucionalidade) ou para atribuir a ela o melhor sentido em meio a diferentes possibilidades (interpretação conforme a Constituição).¹⁰

É nesse contexto de um novo modelo de Estado, que prima pela Constituição e por uma *supremacia judicial*, que, aos poucos, foi se dando a ascensão institucional do Poder Judiciário. Por meio desse fenômeno, o qual não é restrito ao caso brasileiro, mas antes é um fato notório em diversas democracias mundo afora, dá-se a judicialização da política e das relações sociais: questões consideradas relevantes (seja do ponto de vista moral, ético, político, social) passam a ser decididas, de forma definitiva, pelo Poder Judiciário, e, no Brasil, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal.

Diversas causas têm sido atribuídas a esse fenômeno, algumas gerais e outras mais específicas da situação brasileira. Inicialmente, fala-se na necessidade e importância da existência de um Judiciário forte e independente para

9 BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2012.

10 Idem, p. 5.

as democracias contemporâneas. Há, ainda, certa descrença com a política e certa crise de representatividade dos parlamentos de um modo geral. Por fim, e essa é especialmente forte em um país tão diverso como o Brasil, o Legislativo coloca-se em uma posição confortável ao deixar que questões controversas e polêmicas sejam decididas pelo Judiciário: evita-se, assim, o desgaste frente à opinião pública e às bases eleitorais, por exemplo. Em nosso País, a dita judicialização é ainda mais reforçada dado nosso amplo modelo de constitucionalização, que é bastante abrangente, e a ampla extensão do exercício do controle de constitucionalidade, que mescla características do modelo americano (difuso e concreto) com o modelo europeu (concentrado e abstrato). É certo que essas divergências já se tornaram obsoletas, e as diferenças não são assim tão evidentes¹¹, mas ainda assim o modelo brasileiro é considerado um dos mais amplos.

Dentro desse contexto, é nítida e inegável a existência de um ativismo judicial, este visto não como uma opção política do judiciário, mas como um fato decorrente do desenho institucional, e até constitucional, que vigora em vários dos ordenamentos jurídicos, entre os quais se encontra o brasileiro. Os juízes têm sido provocados, as questões têm sido levadas ao crivo do Judiciário e este não pode negar-se a decidir; não há alternativa senão pronunciar-se sobre a controvérsia. Entretanto, o que pode ser uma opção é a conduta do Judiciário ante esse fato, o que vi determinar a existência ou não de um ativismo judicial.

A expressão *ativismo judicial* foi utilizada pela primeira vez nos Estados Unidos por Arthur Meier Schlesinger, um historiador norte-americano, em um artigo que se referia à Suprema Corte americana. O contexto era o período do *New Deal*, situação na qual o referido Tribunal ocupou papel central na definição de políticas públicas frente à então recente crise econômica mundial. Não obstante sejam palavras antigas, a descrição de Schlesinger acerca da divisão que se deu na Suprema Corte merece ser transcrita. Deu-se à época a polarização de dois grupos principais: de um lado, os liderados por Hugo Black e Willian Douglas, os quais entendiam ser plenamente possível a interferência do Tribunal em questões de políticas públicas; de outro, o bloco de Felix Frankfurter e Robert Jackson, os quais discordavam da primeira opinião:

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; o grupo de Frankfurter e Jackson defende uma postura de autocontenção judicial. Um grupo está mais preocupado com a utilização do Poder Judicial em favor de sua própria concepção do bem social; o outro, com a expansão da esfera de atualização do Legislativo mesmo que isso signifique a defesa de pontos de vista 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

11 A propósito: SEGADO, Francisco Fernández. *La obsolescencia de la bipolaridad tradicional (modelo americano – modelo europeo-kelseniano) de los sistemas de justicia constitucional*.

seus seguidores parecem estar mais voltados para a solução de casos particulares de acordo com suas próprias concepções sociais; Frankfurter-Jackson e seus seguidores, com a preservação do judiciário na sua posição relevante, mas limitada [...].¹²

Logo se percebe que a controvérsia é antiga. A noção de *ativismo judicial* corresponde a uma mais intensa e alargada participação do Poder Judiciário em áreas de atuação originária típica dos outros dois poderes, a fim de concretizar valores e princípios adotados pelo Texto Magno. Em se tratando de um Tribunal Constitucional, tem-se, ainda, o desenvolvimento de uma jurisprudência dita progressista, principalmente no que tange os direitos fundamentais e as garantias individuais. No Brasil, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, são vários os exemplos:

A enunciação que se segue, meramente exemplificativa, serve como boa ilustração dos temas judicializados: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADIn 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADIn 3367); (iii) pesquisas com células-troncos embrionárias (ADIn 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS – caso Ellwanger); (v) interrupção da gestação de fetos anencefálicos (ADPF 54/DF), (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952 e Súmula Vinculante nº 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Serra do Sol (Pet 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADIn 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula nº 13); (x) não-recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130).¹³

Além desses casos trazidos por Barroso, alguns outros de grande visibilidade também poderiam ser igualmente lembrados, tais como o julgamento da questão relativa à importação de pneus usados (ADPF 101/DF), da proibição ou não do uso do amianto (ADIn 3937/SP), e um dos principais julgamentos da história recente do STF e um dos primeiros a ser lembrado quando o assunto é ativismo judicial, dada as divergências principalmente de ordem religiosa que o assunto envolve, a possibilidade de existência das uniões estáveis homoafetivas (ADPF 132 e ADIn 4277). Dizem alguns que foi a partir do julgamento desse último caso, aliado ao recente reconhecimento de interrupção terapêutica da gestação de fetos anencefálicos, que levou o Deputado Federal Nazareno Fonteles (PT-PI), membro da bancada evangélica, a formular a já referida Proposta de Emenda Constitucional nº 33/2011.

O que há de comum em todos esses casos citados é que neles nota-se certo afastamento dos Tribunais de sua função típica de aplicação e interpretação da legislação existente e vigente para um papel mais proativo que se assemelha à criação do próprio direito, interferindo, assim, nas esferas de competência do Legislativo. Nota-se uma tensão institucional entre os autônomos,

12 BARROSO, Luís Roberto. Op. cit., p. 9.

13 Idem, p. 8.

independentes, porém imbricados, Poderes da República; em especial, entre o Legislativo e o Judiciário. A bem da verdade, é importante destacar que tal tensão é também existente em um cenário maior, isto é, uma tensão imanente e natural entre Constitucionalismo e Democracia, como bem demonstra Michel Rosenfeld:

De fato, há uma tensão importante entre constitucionalismo e democracia. Não é óbvio que os dois devam caminhar juntos. Há muitas definições de democracia. Eu adotarei aqui uma definição que considero uma versão simplificada: democracia é a regra da maioria, a regra majoritária. É uma forma política de organização, um sistema político em que as decisões que são contestadas resultam do voto da maioria. Dessa forma, constitucionalismo e democracia estão em lados opostos. Numa democracia, os direitos constitucionais vão diretamente contra a vontade democrática. A liberdade de pensamento ou de expressão, e aqui pode-se comparar uma monarquia a uma democracia, realmente significa proteger os pontos de vista com os quais a maioria não está de acordo, porque os pontos de vista com os quais a maioria concorda não precisam de proteção constitucional. A maioria tomará conta de si mesma, por meio do processo legislativo e do devido governo. Parenteticamente, estou assumindo que nós temos uma democracia em funcionamento. Muitas coisas que são chamadas de democracias não são realmente democracias que funcionam, e as maiorias de fato não têm o poder. No entanto, nas democracias que funcionam, os direitos constitucionais deveriam ser, em certa medida, antidemocráticos.¹⁴

Ora, é papel irrenunciável das Cortes Constitucionais do Supremo Tribunal Federal, no caso brasileiro, a guarda e defesa da Constituição, como esta mesma bem assegura. Guardar a Constituição é sim zelar para que esta não seja alterada de modo a ofender a si mesma (ou seja, é necessário, sim, o controle independente de emendas constitucionais, tendo em vista o que prevê, por exemplo, o § 4º do art. 60 da CF/1988). Guardar a Constituição significa também zelar para que leis e atos normativos infraconstitucionais não venham de encontro ao que postula o Texto Magno. Entretanto, guardar a Constituição é, precípua e fundamentalmente, assegurar que os princípios, valores e ideais que norteiam a Constituição Federal sejam cumpridos e concretizados na vida do cidadão, no convívio da sociedade. Direitos como a igualdade, dignidade da pessoa humana, liberdade, direito a um meio ambiente equilibrado, à saúde, educação, segurança, cultura, lazer, enfim, todo o extenso rol de direitos fundamentais e garantias individuais enumerado pelo Texto Constitucional deve ser guardado pelo STF, mas não só por este ser observado. Ou seja, esses direitos são garantias dos cidadãos e devem ser observados durante toda a atuação da República Federativa brasileira, independentemente se se trata de atividade típica do Executivo, Legislativo ou Judiciário.

14 ROSENFELD, Michel. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. Trad. e rev. Fernando Gomes. Cad. Esc. Legis. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.direito.ufop.br/dep/~bruno/A_IDENTIDADE_DO_SUJEITO_CONSTITUCIONAL_%20MICHEL_ROSENFELD.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2012.

Pois bem, ao longo da história recente da República brasileira, tem-se notado, não raras vezes, o desrespeito por parte do Estado, em especial às ações dos Poderes Executivo e Legislativo, as garantias constitucionais e direitos individuais do cidadão. Tal desrespeito, quando não se dá de forma explícita e, sob certo aspecto, assustadora, costuma acontecer de forma velada e, principalmente, não por atos praticados pela Administração Pública, mas, ao contrário, é precipuamente pela omissão voluntária e consciente dos outros Poderes que ocorre o desrespeito ao Texto Constitucional ao não assegurar direitos e garantias previstos.

Fica, assim, certo *vácuo* de poder, no qual não são exercidas as atribuições devidas. Ora, não pode o cidadão, principalmente em questões que envolvem a garantia ou não, a existência ou inexistência de direitos individuais seus, questões de essencial importância para a vida dos cidadãos e da sociedade. É diante desse vácuo e da omissão dos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo, que se deu a já referida ascensão institucional do Poder Judiciário, o qual, pela judicialização dos conflitos, adquiriu papel de maior importância no cenário da democracia brasileira, servindo, inclusive, de referência para os anseios da população.

O espaço de poder que, de certa forma, foi ocupado pelo Judiciário, foi, na verdade, cedido pelos outros poderes, uma vez que estes não o exerciam, sobre ele não exerciam o controle e as atribuições que lhes eram devidas. Agora, vendo-se em descrença frente à opinião pública e sentindo ter lesado suas atribuições, o Legislativo tenta forçosamente recuperar um espaço de poder que durante anos renegou exercer. Fazendo uma analogia com um antigo princípio de direito internacional: *uti possidetis, ita possideatis*, princípio mais conhecido como *uti possidetis*, ou seja, só é dono quem toma conta, só é realmente titular do exercício de certas atribuições indispensáveis à democracia e à população brasileira aquele que, ante à negativa de seus titulares primeiros, se preocupa em exercê-la.

CONCLUSÃO

Já se tem como um fato a ascensão institucional do Poder Judiciário no cenário democrático da República brasileira. Como visto, os Tribunais, e em especial o Supremo Tribunal Federal, têm ocupado cada vez mais postos centrais nos noticiários, nas discussões e têm sido mais presentes na vida da população. Suas decisões passaram, muitas vezes, a envolver questões de difícil solução, considerando aqui a possibilidade de que exista uma, e que dividem fortemente a opinião não só dos nossos representantes políticos, mas da própria população em geral. No momento em que o Judiciário começa a ingressar em campos temáticos que envolvem tensas e complicadas discussões de ordem política, moral, ideológica e religiosa, nascem as dúvidas e indagações sobre a legitimidade dessas decisões, e até que ponto elas podem chegar.

Não se pode perder de vista, porém, que esse crescimento da importância do Judiciário no cenário nacional não se deu por uma conduta volitiva desse poder. Ante à inobservância de suas atribuições legais e constitucionais (pra não falar nas constantes e recorrentes denúncias de corrupção e apropriação/má utilização dos bens públicos), os Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo começaram a perder a credibilidade e confiança por parte da população, que não via concretizados seus direitos assegurados pelo Texto Constitucional. Nesse contexto, instaurou-se um vazio de poder e um *vácuo* de direitos, por meio do qual começou a se dar a judicialização dos conflitos, fenômeno pelo qual a própria população levava ao crivo do Judiciário as questões que julgava coerentes e os direitos que entendia ter por violados. Este Judiciário, ante a impossibilidade de negar-se a decidir, começou a soltar decisões que afetavam esferas de poder típicas de outros poderes e começou, então, a ser acusado de adotar uma postura demasiado ativa, exercendo poderes e atribuições que não lhe cabiam.

Ora, em matéria de direitos fundamentais e garantias individuais, principalmente em se tratando daquelas constitucionalmente asseguradas, não pode existir um vazio de poder, sob pena de lesão a esses próprios direitos e garantias. E, nesse sentido, ante a omissão dos outros dois Poderes, o Judiciário foi sendo provocado e, aos poucos, foi exercendo essa parcela desocupada de poder. Não se pode agora acusar o Judiciário de quebrar a harmonia e independência dos três poderes, ou de estar agindo de forma extremamente ativa. Acertadamente o STF, por exemplo, tem tomado decisões que não podem ser adiadas, visto que intencionam garantir e concretizar os princípios norteadores da Constituição Federal e, muitas vezes, ampliá-los, estendendo o alcance da sempre aberta figura do sujeito constitucional.

É claro que com maiores poderes e atribuições deve também ser maior a responsabilidade no exercício destes, e carece também o Judiciário de um maior controle, de certa *accountability judicial*. A mera autocontenção (*self-restraint*) não é suficiente, uma vez que alguém não pode controlar a si mesmo, principalmente quando se trata de poderes tão grandes quanto os que se está a tratar. Nesse sentido é que se tem feito importante a atuação de órgãos como o CNJ, que imponham ao Judiciário mecanismos de controle e *accountability*¹⁵. É necessário, sim, aumentar o controle sobre as ações do Judiciário como um todo, porém não julgo ser eficiente e acertado passar tal atribuição ao Poder Legislativo, como, não oficialmente, propõe a PEC 33/2011. Não é a situação para entrar nos detalhes da questão, mas o Legislativo nacional já se provou, por diversas vezes, como duvidável e enfrenta sérias crises de legitimação, representatividade e mesmo de credibilidade.

15 Sobre o assunto, há um texto do mesmo autor publicado no Caderno Virtual do Instituto de Direito Público de Brasília – IDP: A atuação do CNJ como mecanismo legitimador do poder judiciário. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/697/475>>.

Nesse cenário de maior participação na vida da sociedade, é preciso também buscar uma maior legitimidade para as Cortes brasileiras, o que não implica em fazer qualquer espécie de eleição para juízes ou coisa do gênero, longe disso. O que é preciso é abrir o ambiente dos Tribunais, e, mais uma vez, em especial, do STF, para um maior número de debatentes, tanto mais quanto maior forem a polêmica e a divergência de um caso. Desse modo, deve o STF seguir os rumos que, a passos lentos, tem tomado no sentido de ampliação dos sujeitos participantes nos processos desenvolvidos sob sua jurisdição, o que se nota com a inclusão da possibilidade da participação de *amici curiae*, peritos, e a realização de audiências públicas, por exemplo; mudanças introduzidas pela Lei nº 9.868/1999 e suas posteriores alterações.

De mais a mais, toda essa situação reflete uma constante e inerente tensão entre constitucionalismo e democracia. Esta, em um conceito simplificado, mas que serve aos propósitos a que se destina, baseia-se em um posicionamento da maioria, e, sobre esta pauta, suas decisões. Aquele se pauta em princípios e regras que se pretendem universais, não apenas majoritário, mas garantidos a todo e qualquer cidadão. Nesse sentido é que se faz necessária uma postura contramajoritária das Cortes Constitucionais, pois tal conduta é fundamental para a promoção e concretização dos direitos, buscando sempre a inclusão e o reconhecimento de maiorias, minorias, singularidades, enfim, dos direitos do cidadão.

Nesse ambiente de tensão e irritação mútua, as condutas antimajoritárias de órgãos judiciais podem ser tidas inicialmente como antidemocráticas. Entretanto, mais do que garantir a prevalência da opinião da maioria, é importante que, em uma democracia, todos, e não só a maioria, possam participar do jogo democrático, e, nesse sentido, ao garantir direitos também a minorias, não age o Judiciário de forma antidemocrática. É importante lembrar que nesse papel de reconhecimento e garantia de direitos dos cidadãos o Poder Judiciário tem tido enormes participações, mas, como costuma se dizer, é sempre importante lembrar que todo poder emana do povo, não dos juízes ou tribunais.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/constituicao_democracia_e_supremacia_judicial_11032010.pdf>. Acesso em: 6 jul. 2012.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf>>.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*: uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BONAVIDES, Paulo. Jurisdição constitucional e legitimidade (algumas observações sobre o Brasil). Estudos avançados. São Paulo, v. 18, n. 51, maio/ago. 2004. Disponível em: <www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/BonavidesJC.pdf>.

- DWORKIN, Ronald. *Is democracy possible here?* Princeton University Press, 2006.
- _____. *O império do direito*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *Uma questão de princípio*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- ROSENFELD, Michel. *A identidade do sujeito constitucional*. Trad. Menelick de Carvalho Netto. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- _____. A identidade do sujeito constitucional e o estado democrático de direito. Trad. e rev. Fernando Gomes. Cad. Esc. Legisl. Belo Horizonte, v. 7, n. 12, p. 11-63, jan./jun. 2004. Disponível em: <http://www.direito.ufop.br/dep/~bruno/A_IDENTIDADE_DO_SUJEITO_CONSTITUCIONAL_%20MICHEL_ROSENFELD.pdf>. Acesso em: 7 jul. 2012.
- WALDRON, Jeremy. *Law and disagreement*. Oxford: Oxford University Press, 2004.
- ZAGREVBELSKY, Gustavo. *La giustizia costituzionale*. Il Mulino, 1988.