

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

CAMILA BARRETO PINTO SILVA

RIVA SOBRADO DE FREITAS

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

C755

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Riva Sobrado de Freitas; Camila Barreto Pinto Silva; Cláudia Mansani Queda de Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-582-9

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos na presente publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho "Constituição e Democracia I", durante o XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA, sobre o Tema Direito, Cidade Sustentável e diversidade Cultural, realizado nos dias 13, 14 e 15 junho de 2018, promovido em parceria com o curso de Direito da Universidade Federal da Bahia. Neste conjunto de comunicações científicas consolidam-se os resultados das relevantes pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação de mestrado e doutorado em Direito, com artigos selecionados por meio de dupla avaliação cega por pares. São trabalhos advindos de pesquisas nacionais e internacionais, que levaram ao encontro científico várias controvérsias acadêmicas e desafios relativos ao direito constitucional, nos objetos de pesquisa de Teoria da Constituição e Democracia, que trazem dos mais diversos temas e que foram enriquecidos pelas exposições e debates subsequentes entre todos os pesquisadores.

O número de artigos submetidos e aprovados foi de 22 ao todo, com a presença de todos os pesquisadores e com abordagens muito inovadoras e pertinentes ao enfrentamento dos temas em relações dialéticas com a realidade diante dos desafios que se apresentam às principais teorias que circundam as propostas do Grupo de Trabalho.

Todos foram permeados de intensos debates, desde as questões relativas ao ensino do direito constitucional e ao alcance da autonomia educacional a partir dos ditames do Estado Democrático de Direito, para também abordar em diversas exposições o núcleo central das críticas à jurisdição constitucional, qual seja, os reflexos acerca da atuação do Supremo Tribunal Federal, questionando também a sua função social.

A partir deste bloco inicial de discussões, igualmente inseriu-se no contexto das comunicações acadêmicas de pesquisas, as conclusões sobre direitos humanos, perpassando estudos sobre a comissão da verdade, sobre a ideia de deveres fundamentais e as funções dos partidos políticos como pilares da democracia brasileira.

Dada a pluralidade dos assuntos constitucionais em análise tratou-se ainda da doutrina sobre as formulações conceituais sobre a justiça, sobre os limites e possibilidades do

individualismo em marco teórico de John Elster e, para finalizar, com uma produção sobre colidência de direitos fundamentais e a possibilidade de solução dos conflitos pelo método da cedência recíproca.

No contexto das exposições, houve cinco comunicações previamente recomendadas para a plataforma index laws journals.

A leitura indicará a preocupação científica com os déficits democráticos na efetividade dos institutos fundamentais constitucionais que integram o objeto do grupo de trabalho, a demonstrar a contribuição acadêmica que o encontro promovido pelo CONPEDI proporcionou.

Registre-se por parte desta coordenação os agradecimentos pela participação dos pesquisadores.

Profa. Dra. Camila Barreto Pinto Silva - UNIMES

Profa. Dra. Cláudia Mansani Queda De Toledo – ITE

Profa. Dra. Riva Sobrado De Freitas – UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

O ATIVISMO JUDICIAL E A AGENDA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

THE JUDICIAL ACTIVISM AND AGENDA OF THE FEDERAL SUPREME COURT

Rafael Dias Medeiros ¹
Natália Duarte Boson Santos ²

Resumo

O presente trabalho objetiva tratar do modelo do ativismo judicial, presente na ordem constitucional atual, bem como suas inúmeras repercussões na organização dos demais Poderes do Estado. Levando-se em consideração a corrente filosófica do pós-positivismo e o fenômeno do Neoconstitucionalismo, serão analisadas algumas decisões proferidas pelo Poder Judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal. Por fim, analisa-se a ampliação da jurisdição constitucional, a pauta do Supremo Tribunal Federal e as inúmeras matérias pendentes de julgamento.

Palavras-chave: Constitucionalização do direito, Jurisdição constitucional, Ativismo judicial, Autocontenção judicial, Constitucionalização do direito, Agenda do STF

Abstract/Resumen/Résumé

The present work aims to deal with the model of judicial activism, present in the Brazilian current constitutional order, as well as its innumerable repercussions on the organization of the other Powers of the State. Taking into account the philosophical current of post-positivism and the phenomenon of Neoconstitutionalism, we will analyze some decisions issued by the Judiciary, especially the Federal Supreme Court. Finally, the enlargement of the constitutional jurisdiction, the agenda of the Federal Supreme Court and the countless outstanding matters of judgment are analyzed.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitutionalisation of law, Constitutional jurisdiction, Judicial activism, Judicial self-restraint, Constitutionalisation of law, Federal supreme court agenda

¹ Mestrando do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC/MG. Especialista em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho. Advogado.

² Mestranda do Programa de Pós-graduação Stricto Sensu em Instituições Sociais, Direito e Democracia da Universidade FUMEC/MG. Especialista em Direito Administrativo e Direito Notarial e Registral.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o Poder Judiciário ganhou força expressiva, a partir da Revolução Francesa de 1789, concretizando-se como poder autônomo e independente, após a segunda guerra mundial.

O novo processo de constitucionalização da Europa, posterior a segunda guerra mundial, contribuiu para redefinir o lugar do direito constitucional no ordenamento jurídica, possibilitando a formatação de uma nova forma de organização política do Estado.

Foi nesse contexto de pós-guerra e ao longo da segunda metade do século XX, que o Direito Constitucional, permeado por valores democráticos, redefiniu o papel da Jurisdição Constitucional.

No Brasil, a formação do novo direito constitucional se deu no ambiente de redemocratização do país, com as discussões prévias, elaboração e promulgação da Constituição Federal de 1988

Neste sentido, vale observar que a Constituição Federal de 1988 foi capaz de promover a transição de um Estado autoritário e violento para o Estado Democrático de Direito.

É importante destacar que nesse processo de redemocratização do Estado, por meio do estabelecimento de direitos e garantias constitucionais aos indivíduos, o poder Judiciário ganhou destaque dentre as estruturas de organização do Estado.

Vale dizer que a Carta Constitucional garantiu aos magistrados prerrogativas para uma atuação independente, o que pode ser considerado uma das causas para o fortalecimento do Poder Judiciário. Outro destaque desse período de redemocratização do Brasil foi que no Supremo Tribunal Federal, os seus Ministros não tiveram sua investidura pelo regime militar.

Imperioso registrar que com a formação do Estado Democrático de Direito, tem-se um ambiente de cidadania em que existem maior informação e consciência de direitos por parte do povo que passa a reivindicá-los perante os juízes e tribunais.

Assim, a partir deste movimento constitucionalista, com a redemocratização do Estado, percebeu-se a expansão da Jurisdição Constitucional brasileira, fortalecida pela implementação do sistema de controle de constitucionalidade.

Nessa senda, importante destacar que o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade conhecido como híbrido ou eclético, uma vez que adota tanto o sistema americano quanto o sistema europeu.

Em linhas gerais, o controle americano consiste no controle constitucional de modo incidental ou difuso, pelo qual qualquer juiz ou tribunal poderá deixar de aplicar a lei no caso concreto.

Em se tratando do controle constitucional europeu, é aquele feito por ação direta, realizado em abstrato, permitindo que algumas matérias sejam levadas ao Supremo Tribunal Federal, através de inúmeros órgãos ou entidades públicas e privadas, o que faz com que muitas questões políticas relevantes podem ser levadas ao STF.

Desse modo, considerando que a Constituição de 1988 é analítica, extensa, e abrange diversas matérias que antes eram previstas por lei ordinária, possibilitando que o cidadão, através da judicialização da matéria, possa reivindicar determinado direito previsto na Constituição.

Neste aspecto, sem embargo de vícios de maior ou menor gravidade no texto constitucional, a extensão constitucional das matérias tratadas na Constituição Federal de 1988, obriga o Judiciário a debater sobre temas que pudessem afetos aos outros poderes, como por exemplo, o debate sobre políticas públicas.

Deste modo, vê-se que o Judiciário está em processo de expansão e a quantidade de processos a serem julgados chegou a números exorbitantes.

2 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL E O MARCO FILOSÓFICO

Antes de adentrar ao tema do ativismo judicial, cabe tecer alguns apontamentos acerca do marco filosófico e as transformações promovidas no direito constitucional, especialmente no contexto do pós-guerra.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo jurídico deram oportunidade para o surgimento de uma corrente de pensamento que reaproximou o Direito de outras ciências, tais como a filosofia.

Vale dizer que o Jusnaturalismo, desenvolvido a partir do século XVI, em linhas gerais, era fundado na crença em princípios de justiça universalmente aceitáveis, consistindo em uma aproximação da lei e a razão.

Em busca de objetividade científica que o jusnaturalismo não oferecia que, no final do século XIX, o positivismo jurídico ganhou força, equiparando o Direito à lei, dominou o pensamento jurídico daquela época.

O declínio do positivismo está associado as derrotas do fascismo na Itália e o nazismo na Alemanha, uma vez que sob a proteção da legalidade, esses regimes de governo promoveram barbáries na sociedade, sob autorização do Direito.

Neste sentido, com o fim da segunda guerra mundial, houve uma reaproximação da ética e outros valores com o Direito, possibilitando a formação de uma nova hermenêutica constitucional.

Nessa linha de idéias, Dirley da Cunha Jr. assentou que:

(...) foi marcadamente decisivo para o delineamento desse novo Direito Constitucional, a reaproximação entre o Direito e a Ética, o Direito e a Moral, o Direito e a Justiça e demais valores substantivos a revelar a importância do homem e a sua ascendência a filtro axiológico de todo o sistema político e jurídico, com a consequente proteção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. (CUNHA JR, 2016, p. 35).

Neste aspecto, vale dizer que o pós-positivismo buscou ir além da legalidade estrita, conferindo normatividade aos princípios e a definição de sua relação com as regras, o que permitiu o desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais, construída sobre o valor axiológico do Estado, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Luis Roberto Barroso destaca:

(...) o neoconstitucionalismo ou novo direito constitucional, na acepção aqui desenvolvida, identifica um conjunto amplo de transformações ocorridas no Estado e no direito constitucional, em meio as quais podem ser assinalados, (i) como marco histórico, a formação do Estado constitucional de direito, cuja consolidação se deu ao longo das décadas finais do século XX; (ii) como marco filosófico, o pós positivismo, com centralidade dos direitos fundamentais e a reaproximação entre Direito e ética; e (iii) como marco teórico, o conjunto de mudanças que incluem a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e o desenvolvimento de uma nova dogmática da interpretação constitucional. Desse conjunto de fenômeno resultou um processo extenso e profundo de constitucionalização do Direito. (BARROSO, p. 5).

Assim, dentro dessa linha de pensamento do Neoconstitucionalismo, não se busca apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder estatal, buscando acima de tudo a eficácia da Constituição, especialmente na concretização dos direitos fundamentais.

3 TRANSFORMAÇÕES DO DIREITO CONSTITUCIONAL COM A CRFB/88

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu uma mudança do regime autoritário para o regime democrático, consubstanciando na criação do Estado Democrático de Direito.

Neste passo, a carta constitucional brasileira viabilizou a reconstrução dos direitos e garantias fundamentais, consagrando em primeiro plano a dignidade da pessoa humana. Com efeito, o Direito Constitucional no Brasil veio a assumir nova feição, promovendo a proteção e a efetividade dos direitos fundamentais.

É de se destacar que o título primeiro da Constituição Federal de 1988 trata dos princípios fundamentais, ou seja, as premissas diretivas que norteiam o Estado. Já no título segundo, percebe-se que a preocupação se refere à dignidade da pessoa humana, eixo central do Estado Democrático de Direito.

Para Canotilho “o constitucionalismo ergue o princípio do governo limitado, indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma comunidade”.

Neste sentido, percebe-se que a CRFB/88, seguindo a linha do constitucionalismo moderno que representa uma técnica de limitação do poder com fins garantísticos, conferiu aos direitos e garantias fundamentais aplicação imediata.

É importante assinalar que o exercício dos direitos sociais, individuais, a liberdade, a propriedade, a segurança, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça foram abrangidas, de modo expresso na Carta Política de 1988, demonstrando que tais direitos deixaram de ser uma simples promessa constitucional.

Neste aspecto, vale frisar que os princípios deixaram de ser simples comandos com aplicação no preenchimento de lacunas, tendência orientada pelo pós-positivismo e passaram a ter *status* de normas jurídicas, inclusive com aplicação imediata, conforme ressaltado alhures.

Em que pese o entendimento adotado pelo Supremo Tribunal Federal ser de irrelevância jurídica do preâmbulo constitucional, pela sua simples leitura, é possível perceber o desejo do legislador constituinte em estabelecer valores constitucionais, tais como a instituição de um Estado Democrático de Direito destinado a assegurar valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com solução pacífica das controvérsias.

Adotando essa nova hermenêutica constitucional, o Poder Judiciário passou a exercer um papel de grande relevância na estrutura do Estado Brasileiro, uma vez que a norma infraconstitucional passou a ser interpretada a partir de um viés constitucional.

Quanto a este aspecto, é relevante esclarecer que os principais ramos do direito infraconstitucional tiveram aspectos gerais, de maior ou menor dimensão, tratados na CRFB/88.

Assim, se deu o direito administrativo, civil, penal, trabalho, processual civil, penal e do trabalho, financeiro, tributário, internacional, entre outros.

Com efeito, na medida em que os princípios e regras constitucionais interagem com normas dos mais variados ramos do direito, têm-se o fenômeno da constitucionalização do direito, passando as demais normas ter um caráter subordinante as normas da constituição.

Nessa linha, vale destacar que os magistrados passaram a desempenhar papel de extrema importância para a defesa e garantia dos direitos fundamentais.

Por fim, com o intuito de evitar o retrocesso social ou a inefetividade dos direitos fundamentais, o constituinte originário, além de estabelecer proteção ao núcleo constitucional por meio das cláusulas pétreas, conferiu ao Supremo Tribunal Federal a prerrogativa de ser o guardião constitucional dos preceitos emanados pela CRFB/88.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Conforme já ressaltado acima, a reordenação constitucional, promovida pela CRFB/88, deu grande importância ao Poder Judiciário em cotejo aos demais poderes. Com efeito, o Poder Judiciário, como órgão do Estado, com incumbência constitucional de garantir a efetividade dos direitos fundamentais passou a ser provocado diante da inércia do Poder Legislativo e do Poder Executivo.

Nessa senda, considerando essa atuação proativa do Poder Judiciário têm-se caracterizado o fenômeno jurídico do ativismo judicial.

Para Luis Roberto Barroso, o fenômeno do ativismo judicial está associado:

A idéia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.. (BARROSO, p. 6).

Imperioso registrar que a proatividade desmedida do Poder Judiciário pode acabar interferindo em questões ou decisões políticas que não deveriam ser afetadas às decisões dos magistrados, o que caracteriza uma afronta a separação de poderes.

Dessa forma, com o fortalecimento do controle de constitucionalidade, não apenas o controle concentrado *erga omnes*, como também o controle difuso, *inter partes*, a jurisdição Constitucional se expandiu no Brasil, de modo que matérias de toda ordem chegam ao Poder Judiciário, especialmente no Supremo Tribunal Federal.

É certo que algumas contendas jurídicas, de cunho político, econômico, social ou cultural deveriam ser objeto de debate apenas no foro apropriado, seja no plenário do Poder Legislativo, seja através de deliberação do Poder Executivo.

Neste sentido, quando o Poder Judiciário em atuação diferente do ativismo judicial, adota uma postura mais inerte, procurando reduzir sua interferência nas ações dos outros poderes, pode se dizer que é a adoção do modelo da auto-contenção judicial.

Para Luis Roberto Barroso, até o advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário adotava o modelo da auto-contenção judicial:

O oposto do ativismo é a auto-contenção judicial, conduta pela qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Por essa linha, juízes e tribunais (i) evitam aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; (ii) utilizam critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos; e (iii) abstêm-se de interferir na definição das políticas públicas. Até o advento da Constituição de 1988, essa era a inequívoca linha de atuação do Judiciário no Brasil. A principal diferença metodológica entre as duas posições está em que, em princípio, o ativismo judicial procura extrair o máximo das potencialidades do texto constitucional, sem contudo invadir o campo da criação livre do Direito. A auto-contenção, por sua vez, restringe o espaço de incidência da Constituição em favor das instâncias tipicamente políticas. (BARROSO, p. 7).

Em decisão proferida no ano de 2016, o Supremo Tribunal Federal, em julgamento de Mandado de Segurança, impetrado pelo ex-presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, adotou a postura da autocontenção, elencando algumas hipóteses em que aquele tribunal deve intervir, em se tratando de procedimentos legislativos:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. MANDADO DE SEGURANÇA. CASSAÇÃO DE MANDATO DE DEPUTADO FEDERAL. QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. ALEGADAS NULIDADES. 1. **O Supremo Tribunal Federal somente deve interferir em procedimentos legislativos para assegurar o cumprimento da Constituição, proteger direitos fundamentais e resguardar os pressupostos de funcionamento da democracia e das instituições republicanas.** Exemplo típico na jurisprudência é a preservação dos direitos das minorias. Nenhuma das hipóteses ocorre no presente caso. 2. A suspensão do exercício do mandato do impetrante, por decisão desta Corte em sede cautelar penal, não gera direito à suspensão do processo de cassação do mandato: ninguém pode se beneficiar da própria conduta reprovável. Inexistência de violação à ampla defesa ou de direito subjetivo a dilações indevidas. O precedente formado no MS 25.579 MC, Rel. p/ o acórdão Min. Joaquim Barbosa, se referia a parlamentar afastado para exercer cargo no Executivo e responsabilizado por atos lá praticados. Naquele caso, aliás, a medida liminar foi indeferida, pois se reputou a infração enquadrada no Código de Ética e Decoro Parlamentar. 3. **A alegação de que o relator do processo no Conselho de Ética estaria impedido por integrar o mesmo bloco parlamentar do impetrante, por pressupor debate sobre o momento relevante para aferição da composição dos blocos, não configura hipótese justificadora de intervenção judicial.** Precedente: MS 33.729 MC, de minha relatoria. 4. Não há que se falar em violação ao contraditório decorrente do aditamento da denúncia, providência admitida até em sede de processo penal, uma vez que o impetrante teve todas as possibilidades de se defender, o que foi feito de forma ampla e tecnicamente competente. 5. Ausência de ilicitude na adoção da votação nominal do parecer no Conselho de Ética, forma que mais privilegia a transparência e o debate parlamentar, e adotada até em hipóteses mais graves do que a ora em discussão. Deferência para com a interpretação regimental acolhida pelo órgão parlamentar, inclusive à vista das dificuldades para aplicação do art. 187, § 4º, do RI/CD fora do Plenário da Câmara dos Deputados.

Inexistência de vedação expressa e inocorrência de “efeito manada”. 6. Validade do quórum de instalação da sessão na Comissão de Constituição e Justiça. Não há nas Comissões suplentes vinculados a titulares, mas sim a partidos ou blocos, razão pela qual são computados. 7. Ordem denegada. (MS 34327/DF Relator (a): Min. Roberto Barroso Julgamento: 08/09/2016 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Vale destacar que o modelo do ativismo judicial sofre críticas dos outros poderes, bem como outros setores da sociedade. O argumento levantado frente à chamada Judicialização da Política é que a atuação do Poder Judiciário estaria invadindo a esfera de atuação dos demais poderes estatais, em total afronta a separação dos poderes, consistindo em uma prática antirrepublicana.

É importante frisar que, muitas vezes, é o próprio Poder Legislativo (seja pela atuação de um parlamentar ou da mesa) ou o próprio Poder Executivo que submetem questões afetas a sua função institucional para o crivo do judiciário.

No caso brasileiro, a discussão e as críticas ao modelo do ativismo judicial, ganha contornos diferenciados, principalmente pelo total descrédito da sociedade em face do Congresso Nacional e do Poder Executivo, principalmente pelos últimos acontecimentos de corrupção no país. Nessa perspectiva, para muitos, a única esfera que, de certa forma, ainda possui certa credibilidade é o Poder Judiciário.

Vale dizer que o Estado Democrático de Direito, constitucionalmente estruturado na separação de poderes, deve buscar respeitar a legitimidade da outorga de poderes pelo povo ao Poder Legislativo, bem como aos chefes do Executivo para discutir questões de cunho social, político e econômico.

O Ministro Roberto Barroso sintetiza muito bem a matéria ao tratar do binômio ativismo-autocontenção judicial:

O binômio ativismo-autocontenção judicial está presente na maior parte dos países que adotam o modelo de supremas cortes ou tribunais constitucionais com competência para exercer o controle de constitucionalidade de leis e atos do Poder Público. O movimento entre as duas posições costuma ser pendular e varia em função do grau de prestígio dos outros dois Poderes. No Brasil dos últimos anos, apesar de muitos vendavais, o Poder Executivo, titularizado pelo Presidente da República, desfruta de inegável popularidade. Salvo por questões ligadas ao uso excessivo de medidas provisórias e algumas poucas outras, é limitada a superposição entre Executivo e Judiciário. Não assim, porém, no que toca ao Congresso Nacional. Nos últimos anos, uma persistente crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade no âmbito do Legislativo tem alimentado a expansão do Judiciário nessa direção, em nome da Constituição, com a prolação de decisões que suprem omissões e, por vezes, inovam na ordem jurídica, com caráter normativo geral. O fenômeno tem uma face positiva: o Judiciário está atendendo a demandas da sociedade que não puderam ser satisfeitas pelo parlamento, em temas como greve no serviço público, eliminação do nepotismo ou regras eleitorais. O aspecto negativo é que ele exhibe as dificuldades enfrentadas pelo Poder Legislativo – e isso não se passa apenas no Brasil – na atual quadra histórica. A adiada reforma política é uma

necessidade dramática do país, para fomentar autenticidade partidária, estimular vocações e reaproximar a classe política da sociedade civil. (BARROSO, p. 8).

Assim, sob o paradigma do Estado Democrático de Direito, o modelo do ativismo judicial está aliado a uma participação ampla e efetiva do Poder Judiciário, inclusive interferindo na atuação dos outros poderes, buscando cumprir a missão constitucional de efetivar direitos e garantias fundamentais

5 ATIVISMO JUDICIAL E O STF

É cediço que no Brasil, o modelo do ativismo judicial, conforme elencado acima, ganhou grande destaque após a promulgação da CRFB/88, sendo que o Supremo Tribunal Federal, de um modo geral, tem uma atuação ativista.

Neste aspecto, é importante dizer que o fenômeno da constitucionalização do Direito, reflete sobre os diferentes poderes do Estado. Em se tratando do Poder Judiciário, a ampliação da jurisdição constitucional que pode exercida difusamente ou concentrada no STF, acarreta invariavelmente um alargamento do campo de atuação dos magistrados, como agentes políticos da Administração Pública.

À guisa de exemplos, de atuação do ativismo judicial, mediante imposição de condutas ou abstenções ao Poder Público, vale destacar algumas decisões, exemplificativamente, como materialização do modelo do ativismo judicial, tais como vedação ao nepotismo por meio da Súmula Vinculante, decisões envolvendo questões de políticas públicas, como fornecimento de remédios.

A Suprema Corte, pautada nos princípios da moralidade e impessoalidade, sem necessidade de qualquer lei, estendeu a vedação ao nepotismo aos Poderes Legislativo e Executivo, momento em que editou uma súmula vinculante 13, senão, vejamos:

Súmula vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.

No que diz respeito às decisões judiciais envolvendo matérias de políticas públicas, especialmente nas distribuições de medicamentos. A questão ainda aguarda decisão por parte do STF. Entretanto, os demais órgãos do Poder Judiciário proferem decisões, com

fundamento no direito à saúde, determinado que a União, Estado ou Município custeie o fornecimento do medicamento.

Outro exemplo de ativismo judicial no STF, impondo abstenção ao poder público, diz respeito à recente decisão da Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministra Carmen Lúcia. Nesta decisão, a Presidente do STF, promovendo controle judicial dos atos administrativos discricionários, fundamentou-se sua decisão, com base nos princípios constitucionais da segurança jurídica e efetividade, o que resultou na suspensão da posse da Deputada Federal para o cargo de Ministra do Trabalho.

Pelo exposto, com base no poder geral de cautela (Caput do art.297 do Código de Processo Civil) **e nos princípios constitucionais da segurança jurídica e da efetividade da jurisdição**, que seriam comprometidos com o ato de posse antes de se poder examinar a suspensão das decisões de primeira e de segunda instâncias que a impediam neste momento, defiro parcialmente a providência liminar para a suspensão do ato de posse até que, juntadas as informações, incluído o inteiro teor do ato reclamado, seja possível a análise dos pedidos formulados na presente reclamação, sem prejuízo de reexame desta decisão precária e urgente. (Rcl 29.508, Relator. Min: Gilmar Mendes) (sem destaque no original)

Em se tratando do âmbito do Direito de Família, considerando a constitucionalização do Direito Civil, percebe-se a existência de inúmeros processos que foram encaminhados ao STF, através do controle difuso de constitucionalidade e tiveram sua repercussão geral reconhecida.]

Vale dizer que, o Supremo Tribunal Federal, idealizado para funcionar como Corte Constitucional, julgando poucos processos, como funciona com a Corte Constitucional americana, se vê diante de questões relevantes a serem solucionadas.

Neste sentido, devido à judicialização das questões sociais, cada vez mais frequente, o Judiciário, com uma estrutura pouco modificada nesse período, está abarrotado de processos, não sendo diferente nos gabinetes dos Ministros do STF, o que inviabiliza o julgamento de vários recursos com repercussão geral reconhecida, impedindo o acesso à justiça.

Vale citar alguns casos em que o STF manifestou, adotando uma postura ativista:

- 1) Superação da coisa julgada para possibilitar nova ação de investigação de paternidade em face de viabilidade de realização de exame de DNA (RE 363.889, ministro Dias Toffoli);
- 2) Requisitos legais diferenciados para a concessão de pensão por morte em relação a cônjuges homens e mulheres de ex-servidores públicos (RE 659.424, ministro Celso de Mello);

- 3) Alcance do direito sucessório em face de união estável homoafetiva (RE 646.721, ministro Marco Aurélio);
- 4) Possibilidade de concubinato de longa duração gerar efeitos previdenciários (RE 883.168, ministro Luiz Fux);
- 5) Possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte (ARE 656.298, ministro Alexandre de Moraes);
- 6) Prevalência da paternidade socioafetiva em detrimento da paternidade biológica (RE 898.060, ministro Luiz Fux);
- 7) Validade de dispositivos do Código Civil que atribuem direitos sucessórios distintos ao cônjuge e ao companheiro (RE 878.694, ministro Roberto Barroso);
- 8) Possibilidade de o ensino domiciliar (homeschooling), ministrado pela família, ser considerado meio lícito de cumprimento do dever de educação, previsto no artigo 205 da Constituição Federal (RE 888.815, ministro Roberto Barroso).

No tocante ao primeiro caso mencionado acima, foi reconhecida a possibilidade de relativização a coisa julgada, possibilitando a instauração de nova ação de investigação de paternidade. Neste caso, o STF entendeu que em face de viabilidade de realização de exame de DNA e por se tratar de direito da personalidade, deve se prestigiar o valor constitucional da possibilidade de buscar a origem genética.

No caso destacado no número 6, vale destacar que a Corte fixou entendimento de que a paternidade socioafetiva, seja ela declarada ou não em registro público, não é obstáculo para o reconhecimento do vínculo de filiação da origem biológica.

Na linha do Direito Civil, especialmente na questão de família e sucessória, o STF, também, manifestou, entendendo pela inconstitucionalidade do artigo 1.790 do Código Civil. Neste sentido, entendeu indevida a distinção dos direitos sucessórios da esposa e da companheira, considerando que ambas possuem os mesmos direitos.

Por outro lado, grande polêmica reside nas matérias constantes dos processos que retratam famílias simultâneas. Nestes casos, a repercussão dos efeitos patrimoniais e previdenciários ainda não tiveram o seu mérito julgado pelo STF.

Impende registrar que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por sua vez, já decidiu pela divisão do direito à pensão especial do ex-combatente ante a esposa e a companheira do falecido.

No referido processo, o IBDFM (Instituto Brasileiro de Direito de Família) ingressou como *amicus curiae* e ressaltou que, em que pese a matéria estar sendo analisada sob o foco do Direito Previdenciário, ela também esbarra nas questões do Direito de Família.

Vale destacar que o amigo da corte assentou que o cerne do problema é o reconhecimento jurídico ou não da existência de uma família em concomitância com uma relação amorosa paralela ao casamento. Neste passo, a Constituição Federal de 1988, não traz qualquer relação de hierarquia entre entidades familiares, devendo o conceito de família ser avaliado no contexto contemporâneo, sem vinculação ao modelo de família tradicional, monogâmico.

Em se tratando do processo em que envolve a possibilidade de reconhecimento jurídico de união estável e de relação homoafetiva concomitantes, com o consequente rateio de pensão por morte, urge registrar que o STF, não reconheceu a possibilidade de existência de duas famílias de forma simultânea, equiparando essa situação a de bigamia, o que é vedado pelo Código Penal Brasileiro. (ARE 656.298, ministro Alexandre de Moraes)

Nos casos envolvendo união poliafetiva, a situação é tratada como havendo somente uma união familiar, formada por vinculação conjugal de mais de duas pessoas.

É importante destacar que alguns cartórios chegaram a lavrar escritura pública reconhecendo a união poliafetiva. Porém, o CNJ (Conselho Nacional de Justiça), posteriormente, recomendou que os cartórios não lavrassem este tipo de escritura pública, enquanto a questão não fosse decidida pelo STF.

Neste passo, o fato de vivermos em uma sociedade dinâmica e em constante evolução, consiste em uma das razões pelas quais, especialmente, o direito de família ter sofrido inúmeras mudanças.

Desse modo, considerando que a legislação não consegue acompanhar com a mesma rapidez tais mudanças, o número crescente de demandas, envolvendo entidades familiares marginalizadas que recorrem ao Poder Judiciário, a fim de que seja suprida lacunas legislativas e possa efetivar direitos e garantias fundamentais aos requerentes

Assim, vale destacar que o Poder Judiciário assume o papel de extrema importância para efetivar direitos, através da função jurisdicional estabelecida constitucionalmente, mesmo não havendo normas infraconstitucionais específicas tratando sobre o tema.

É importante registrar que a inércia na atividade legiferante, em muitos casos, ocasionou um abismo entre o direito e a evolução da sociedade, o que permitiu que tais conflitos sociais fossem resolvidos pelo Poder Judiciário.

Vale dizer o processo de constitucionalização do direito civil evoluiu de maneira progressiva, sendo importante mencionar que, no Brasil, é possível perceber avanços significativos, uma vez que a jurisprudência passou a efetivar direitos e garantias fundamentais, especialmente no campo dos direitos da personalidade.

Por fim, em que pese à jurisprudência ainda sinalizar em alguns momentos uma visão mais tradicional do direito civil, não há como negar o fenômeno da constitucionalização do direito privado

6 AGENDA DO STF

Embora o modelo do ativismo seja passível de críticas, sendo que parcela da doutrina elenca algumas razões¹ para encampar o entendimento de desrespeito à separação dos poderes, não como negar que o modelo constitucional vigente, faz uso constante desse instituto jurídico.

Feita uma digressão geral nos tópicos anteriores, sobre o tema do ativismo jurídico, bem como sua repercussão no sistema constitucional brasileiro, no presente tópico pretende-se abordar como o alargamento constitucional das matérias, fenômeno relacionado a constitucionalização do direito, conforme elencado acima pode ocasionar efeitos danosos à sociedade.

Neste caso, considerando que o Supremo Tribunal Federal foi formulado para ser uma Corte Constitucional, incumbida de pronunciar apenas nos casos mais relevantes para a sociedade, se vê obrigado a julgar, por exemplo, inúmeras questões de ordem em inquéritos de investigados com foro por prerrogativa de função.

Desse modo, além das competências de uma corte constitucional, o STF desempenha inúmeras outras competências, funcionando como instância recursal em diversas outras matérias, o que ocasiona um número alto de processos sobrestados.

Neste aspecto, as inúmeras competências estabelecidas constitucionalmente aliadas aos poucos dispositivos regimentais que versam acerca da pauta do Supremo Tribunal Federal faz com que inúmeros processos extremamente importantes para o país estejam aguardando julgamento, seja por ausência de voto do relator, seja pela não devolução do pedido de vista, ou, ainda, por não ter sido colocado em pauta pela Presidente do STF.

¹ i – perigo para legitimidade democrática; ii – politização da justiça; iii – segurança jurídica; iv – separação dos poderes; v – incapacidade institucional do Judiciário perante determinados assuntos.

Para a procuradora do Distrito Federal, Cristiana Melo, em artigo publicado no ano de 2013, referindo-se a agenda do Supremo Tribunal Federal, assinalou:

A agenda da corte pode e deve ser regulamentada. Decidir o que decidir é extremamente relevante quando há processos demais e tempo de menos para apreciá-los. Apregoar um processo com determinado tema significa deixar de analisar outro, o que pode fazer toda diferença. A passagem do tempo pode impedir que se examine o mérito de certa matéria por questões processuais. Pode igualmente alterar o desfecho do julgamento, seja em razão da composição do Tribunal quando se avizinham aposentadorias, seja em virtude do princípio da segurança jurídica. Em 2012, por exemplo, o Supremo Tribunal Federal julgou uma causa que lá estava desde 1959. O longo lapso transcorrido fez com que a Corte placitasse, por conta do princípio da segurança jurídica, prática reputada inconstitucional por todos os Ministros. (MELLO, p. 2).

O professor Felipe Mello Fonte, ex-assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em artigo intitulado “Decidindo não decidir: preferências restritivas e autorregulação processual no Supremo Tribunal Federal” assevera que mesmo com a enorme quantidade de decisões proferidas diariamente pela Corte, esse exercício não tem sido satisfatório, se observados os inúmeros processos pendentes de julgamento.

Desse o autor, através de dados estáticos abordados na sua pesquisa, consegue sintetizar o problema enfrentado pelo Tribunal, merecendo transcrição, conforme se vê abaixo:

Ainda que se presuma que a prolação de novecentas decisões mensais por ministro seja compatível com a serenidade e atenção necessárias ao julgamento das lides - afinal, na lapidar frase de César Asfor Rocha, "cada processo é uma vida" -, a má notícia é que essa enorme produção não tem sido suficiente para superar o volume de novos processos e matérias que aportam no tribunal todos os dias. O estudo realizado pela Fundação Getúlio Vargas, embora tenha detectado o decréscimo no recebimento de recursos, motivado principalmente pela aplicação do art. 1.036, caput e § 1, do Código de Processo Civil de 2015, aponta para o crescimento de outras classes processuais, como a reclamação constitucional" e o mandado de injunção", e ainda sugere que o Supremo não tem sido capaz de julgar e pacificar todas as matérias com repercussão geral reconhecida. Explica-se. Segundo estatísticas da página eletrônica do tribunal, desde a origem do instituto foram 359 matérias reconhecidas como de repercussão geral, sendo que, destas, apenas 110 foram julgadas em definitivo. É muito pouco, considerados os oito anos de vigência do instituto e o estoque de processos aguardando solução. Nesse ritmo, se nenhuma outra matéria for considerada de repercussão geral, o Supremo julgará todas as teses em dilatados dezessete anos. Em resumo: mesmo com os novos instrumentos e com a massificação das decisões, o Tribunal ainda não tem sido capaz de vencer o acúmulo acentuado de processos e teses os quais deve enfrentar. E não há perspectivas de curto prazo para que isso aconteça". Pois bem. Para avaliar o tempo de que cada ministro dispõe para apreciar os casos que lhes são submetidos, tomemos como exemplo o último ano judiciário encerrado. Segundo a página eletrônica do Supremo Tribunal Federal, os ministros, somados, proferiram 102.418 decisões em 2011. Destas, 13.095 foram adotadas sob o crivo do colegiado no Plenário e nas Turmas, ao passo que 89.310 foram monocráticas. Presumindo a distribuição uniforme das decisões entre os Ministros e desprezadas as frações, tem-se a média de 931 decisões mensais - a divisão é por dez, porquanto nos meses de janeiro e julho as atividades no Supremo são interrompidas =, compartilhadas entre

decisões monocráticas. relatórios e votos. Supõe-se que os ministros não confeccionem votos para casos que não relatam, embora seja fato notório que, na prática, funcione de forma diversa. Os números assustam até mesmo quem conhece a dinâmica do Tribunal. Considerada uma jornada ideal de oito horas diárias, cada ministro profere cinco decisões por hora, uma a cada doze minutos. Importante destacar que a estatística vale não apenas para as lides envolvendo o varejo da vida, regra geral nas atividades do tribunal. Ao lado delas há questões relevantíssimas, sobre as quais recai genuíno interesse nacional, como a ficha limpa, lei seca, mensalão, o aborto de fetos anencefálicos e as cotas raciais. A distribuição equitativa do tempo entre os processos levaria a decisões açodadas e pobres nas demandas de maior complexidade, e gera dúvidas quanto à suficiência mesmo para os casos mais simples. Felizmente, sabe-se que não é isso o que acontece na prática. Os juízes constitucionais dedicam-se com afinco às matérias mais relevantes, debruçando-se sobre elas fora do horário normal de expediente. Para os casos repetitivos, conta-se com a triagem feita pelo quadro de apoio. (FONTE, p. 8)

Por fim, sem a intenção de esgotar debate sobre o tema, vê-se que o STF está cada vez mais assoberbado, sendo que o modelo do ativismo judicial, além de não ser capaz de evitar a morosidade do Judiciário, pode estar contribuindo para dificuldade em pautar outras matérias relevantes, considerando os inúmeros casos que chegam diariamente ao judiciário, especialmente no STF.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Inicialmente, vale dizer que as reflexões ensaiadas neste artigo são provisórias, sem prejuízo de posterior evolução do pensamento.

É importante destacar que o tema do ativismo judicial, exposto no presente artigo, não se refere à matéria distante da realidade do modelo constitucional vigente. Em que pese o instituto destacar ser passível de inúmeras críticas, o operador do direito não conseguirá desvencilhar desta realidade.

Neste sentido, adotando uma visão mais moderna acerca da leitura do direito constitucional, o juiz assumirá o dever de concretização dos princípios constitucionais e da matriz axiológica do Estado Democrático de Direito (dignidade da pessoa humana), dentro da relação jurídica processual.

Neste aspecto, é importante dizer que as normas constitucionais, detentoras de força normativa e efetividade, não devem ser vistas como de caráter eminentemente político, devendo ressaltar que possuem aplicabilidade direta e imediata.

Assim, direitos consagrados na Carta Constitucional, tais como saúde, educação, entre outros, sustentam-se caráter de direitos subjetivo, podendo ser exigido através de tutela jurídica específica.

Desse modo, destaca-se que a constitucionalização do direito foi grande responsável pela irradiação da jurisdição constitucional para diversos ramos jurídicos, o que provocou um aumento considerável do ajuizamento das ações, criando um congestionamento enorme perante aos Tribunais, especialmente a Suprema Corte.

Por fim, impende dizer que a atuação do Poder Judiciário brasileiro, através da tendência do Neoconstitucionalismo, será cada vez maior, inclusive com intervenção no âmbito da Administração Pública, considerando que o julgador nos dias de hoje não é a mera “boca da lei”, devendo adotar uma postura hermenêutica construtiva e criativa, materializando os direitos e garantias fundamentais

9 REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**, 7ª ed. Malheiros: São Paulo, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. 2ª. ed. Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **Da Falta de Efetividade à Judicialização Excessiva: Direito à Saúde, Fornecimento Gratuito de Medicamentos e Parâmetros para a Atuação Judicial**. Disponível em: <http://www.lrbarroso.com.br/web/pt/casos/direito>. Acesso em abr de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática**. Acesso em janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf>. Acesso em jan de 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito - O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil**. Disponível em: <HTTP://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7547>. Acesso em abr de 2018

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. rev. Coimbra: Almedina, 2015.

FONTE, Felipe de Melo. **Decidindo não decidir: preferências restritivas e autoregulação processual no Supremo Tribunal Federal**. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 17, n.67, p. 263-289, jan/mar.2017.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. Saraiva. São Paulo, 2016.

MELLO, Cristiana. **A regulação da agenda do Supremo Tribunal Federal – Uma proposta modesta**. Jurisdição Constitucional em 2020/ Gilmar Ferreira Mendes, Jorge

Octávio Lavocat Galvão e Rodrigo de Bittencourt Mudrovitsch (orgs) – São Paulo: Sairava, 2016.

SÍTIO STF: <http://www.stf.jus.br/portal/principal/principal.asp>