

1. INTRODUÇÃO

Neste artigo vamos abordar como o constituinte de 1988 empenhou-se por reconduzir o nosso Supremo Tribunal Federal à condição primeira de Tribunal Constitucional. Assim, conforme Fabiana Luci de Oliveira (2011; p. 101-120) este exerce a jurisdição que lhe é inerente de maneira compatível com os estritos limites traçados pela própria Constituição (bem definidos em seu art. 102 e em Emendas Constitucionais que incidiram).

Conquanto esse órgão judicial não seja integrado por agentes públicos eleitos, o poder de que são titulares, como se verifica como todo poder em um Estado Democrático, é representativo. Isso equivale a reconhecer que é exercido em nome do povo e deve prestar contas à sociedade. Ademais os membros do STF se movimentam numa particularíssima proximidade entre a Constituição e o fenômeno político.

Assim sendo, o ativismo judicial, tantas vezes questionado, corresponde a uma atitude lucidamente assumida por este Tribunal Constitucional – trata-se de um modo peculiar e, sobretudo proativo de interpretar a Constituição, contribuindo para ampliar o seu sentido e alcance: “[...] o ativismo judicial legitimamente exercido procura extrair o máximo das potencialidades construindo regras específicas da conduta de enunciados vagos [...]” (BARROSO, 2011; p.89)¹.

Logo, enquanto aspecto metodológico, o estudo está centrado a partir do levantamento bibliográfico e documental e análise do exercício da jurisdição constitucional por parte de nosso Supremo Tribunal Federal, tendo por alvo desvelar as conexões entre processos de produção do conhecimento e os interesses, ultrapassando o domínio estrito do Direito Constitucional positivo e situando no campo mais amplo da teoria social. Não se esperam de um modo geral, dos integrantes de nosso Tribunal Supremo, posturas revolucionárias, mesmo quando estes tomam em consideração a crise de racionalidade que ganha corpo quando o próprio Estado democrático contemporâneo não consegue realizar as tarefas “técnicas” (notadamente as jurídicas-políticas) que ele próprio se atribui. Tem-lhes cabido, conforme se demonstrará a seguir,

¹ Os posicionamentos manifestados pelo autor em sua busca mais profunda dos comandos constitucionais, que também visa preencher os espaços vagos deixados pelo Poder Legislativo (salvaguardando os princípios constitucionais em atenção à efetivação improrrogável de direitos básicos) foram defendidos na seguinte obra: MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

adotar, ao lado da argumentação comunicativa, a estratégia do reformismo radical, o qual, no modo de ver de Habermas², implica promover reformas em torno de objetivos claros e publicamente discutidos, em especial quando as suas consequências se mostrem incompatíveis com certos interesses partilhados por grupos de poder.

2. O PAPEL DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ATUALIDADE BRASILEIRA

A atuação do nosso Egrégio Tribunal na turbulenta conjuntura nacional contemporânea deve ser avaliada num marco histórico em que é possível constatar uma democratização do acesso à justiça efetuado, como vem ocorrendo em outros Tribunais semelhantes investigados por Charles Epp (2013), menos de cima do que de baixo.

Não teria sido, segundo esse jurista norte-americano, o ativismo judicial o principal motor de tal mudança, mas sim a emergência de movimentos da sociedade civil, somada às organizações especializadas nos direitos, além das práticas públicas que levam ao financiamento de agências ou organismos que permitam contar com recursos destinados a litigar os cidadãos que deles carecem.

No entanto, não é prudente subestimarmos o papel do ativismo judicial no caso brasileiro, em especial quando se trata de direitos emergentes.

O Ministro Cezar Peluso, aposentado, em depoimento datado de 2011, assim se pronunciou sobre o ativismo judicial peculiar aos integrantes de nosso Tribunal Supremo:

No Brasil lidamos com uma Constituição Analítica, bem diferente da Americana, com seus poucos artigos. A nossa Carta cuida de uma série de matérias que podiam ser regidas por lei ordinária. E isso tem explicação: a Constituição de 1988 foi editada após longo período de autoritarismo, quando os constituintes resolveram regular tudo. Daí o Supremo ser acionado, ele decide. Isso já foi chamado de “ativismo judicial a convite constitucional”, o que é apropriado. Só que o Supremo não dá motivos para acusação de partidarismo. Mesmo lidando com questões políticas age com independência, ao contrário do que se ouve falar de outras Cortes. Eu diria mais: quando decisões de Corte chamam a atenção da opinião pública é porque as matérias

² Ver, a propósito dessas considerações, dois trabalhos de Jürgen Habermas: o capítulo “A ideia de uma teoria do conhecimento como teoria da sociedade” inserido em **Conhecimento e interesse** (tradução francesa por Gérard Cléménçon e Jean-Marie Brohm, Paris, Gallimard, 1976, p. 76-97) e a obra onde o pensador alemão densifica a sua concepção de “reformismo radical” – **L’intégration républicaine**: essais de théorie politique. Tradução do alemão por R. Rochitz. Paris: Fayard, 1998. v. 1.

tratadas representam divisões dentro da sociedade brasileira. Falo de temas como aborto, células-tronco, fetos anencéfalos, direito dos homoafetivos³.

Aquele Ministro insiste em argumentar que o STF, diante da omissão dos demais Poderes relativamente à elaboração e execução de políticas públicas, tem procurado quando provocado – tornar efetivos direitos sociais constitucionalmente previstos; e por tal caminho acaba por adentrar na seara dos outros Poderes, fazendo uso do ativismo judicial.

O Supremo Tribunal Federal, à semelhança dos outros órgãos do Poder Judiciário, não pode ser entendido, na atualidade brasileira, como um órgão estatal incumbido de uma função meramente jurisdicional, incompatível com a atividade política atribuída ao Legislativo e ao Executivo. Não há como refutar ou mascarar a discricionariedade da jurisdição – especialmente da jurisdição constitucional: os posicionamentos de cunho doutrinário e a jurisprudência de um Tribunal Superior se assentam em pontos de vista ideologicamente definidos: “Mesmo um posicionamento doutrinário que nega esse viés político da jurisdição o faz mantendo posicionamento de ordem político-ideológico” (Cf. ESTEVES ; 2007, p. 74).

Como guardião da Constituição, ao Supremo Tribunal Federal não seria cabível deixar de zelar pelo respeito às normas constitucionais. A necessidade de manifestação desse e de outros órgãos do Poder Judiciário a respeito de certas questões decorre da própria judicialização da política.

Carvalho (2004) argumenta que a judicialização corresponderia à reação do Judiciário diante da provocação de terceiro, a qual tem por alvo revisar a decisão de um poder político tomando como base a Constituição. Ao proceder tal revisão, o Judiciário estaria ampliando o seu poder frente aos outros poderes.

Mais recentemente constata-se uma tendência, no campo do processo constitucional brasileiro, a uma abstrativização do controle de constitucionalidade difuso. Trata-se de medida salutar destinada a desafogar o judiciário nas resoluções de conflitos de massa peculiares a um Estado Democrático. A razão de tal proceder alcança uma explicação bastante singela: ao conceder eficácia *erga omnes* no controle difuso, seria possível evitar a necessidade de ajuizar uma nova ação para se ver reconhecida uma inconstitucionalidade já declarada por nosso Tribunal Superior.

³http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico_?pagina=5. Acesso em 23 de maio de 2014.

2.1. A tutela dos direitos fundamentais sociais: o STF diante da revolução dos direitos

A atuação contemporânea do nosso Supremo Tribunal Federal e de outros Tribunais Supremos se situa num horizonte histórico-social em que se efetuou, também graças a distintas lutas sociais – conforme salienta Epp (2013; p. 293), num esforço de ultrapassarem, mesmo que parcialmente, o “dilema constitucional” – a conciliação de concepções políticas de democracia de Estado de Direito (este último bem apoiado no poder judicial). Tal conceito não se opera (nem se operou de fato em época recente) sem ambiguidades: democracia, em seu significado meramente procedimental, pode ser definida como governo da maioria, ao passo que se pode entender Estado de Direito, em seu sentido substantivo, como governo das leis (com destaque para as normas constitucionais), não apenas em sua compreensão de leis positivas, mas na de leis justas.

O Estado Democrático de Direito continua a suscitar questões no domínio da reflexão sobre a referida harmonização que se produziu historicamente. Convém, a esse respeito, recordar que no século XIX a dificuldade em fundamentar a existência de direitos transcendentais originou uma crise dentro da concepção jusnaturalista de Estado de Direito; por sua vez, no século passado os totalitarismos emergentes demonstraram a incapacidade do Direito qualificável como heterônimo (lembre-se aqui o fracasso da Constituição de Weimar) em preservar ou resguardar os direitos essenciais da pessoa humana.

A justificação dos direitos do homem tende a torná-los absolutos, o que constitui um problema, inclusive sob o prisma da compreensão materialista-histórica que não se furta a promover o diálogo com autores liberais, especialmente com aqueles que aprofundaram a investigação dos direitos fundamentais ditos sociais. Atestar a relatividade de tal justificação equivale a reconhecer que existem direitos fundamentais que, de forma não constante, não estão em concorrência com outros direitos também fundamentais. Daí se infere que a delimitação do âmbito de um direito fundamental do homem é extremamente variável e não pode ser estabelecida de uma vez por todas. Eis a razão pela qual a tutela dos direitos fundamentais tem sido considerada como mais importante do que a sua fundamentação (BOBBIO; 1992, p. 25)

Importa acrescer uma precisão a esse parecer tão correto: muito mais relevante do que fundamentar (ou fundamentalizar) os direitos humanos é fazer com que os seus destinatários possam gozá-los e, caso sejam esses mesmos direitos violados, possam estes ser devidamente tutelados. Em suma: a relevância não reside na qualificação e

quantificação de tais direitos, mas sim na identificação do modo mais seguro e efetivo de garanti-los.

De acordo com a lição notável de José Afonso da Silva (1998. p. 182), direitos fundamentais não apenas se referem a princípios que resumem a concepção de mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, mas também designam, no nível do direito positivo, “aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas”.

Eles vão representar uma das decisões básicas do legislador constituinte através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Demarcam esses direitos, no dizer conciso de Pérez Luño (2010. p. 316) , “[...] o horizonte de metas sociopolíticas a atingir, ao mesmo tempo em que estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si”.

Posicionamento doutrinário recente admite que, para que um direito possa receber o qualificativo de “fundamental”, deverá constituir não somente um elemento fundamental de ordem objetiva da coletividade, mas também um direito subjetivo inerente a todo e qualquer indivíduo e tutelado pelo Estado. Assim sendo, reconhece-se a “eficácia vertical” dos direitos fundamentais como direitos subjetivos de defesa dos indivíduos contra o poder do Estado, bem como a “eficácia horizontal” visando reportar-se à incidência desses direitos nas relações diretas entre particulares (SARLET, 2007. p. 148-149).

O que interessa focalizar mais detidamente, são os posicionamentos do Supremo Tribunal Federal brasileiro quanto aos direitos fundamentais ditos sociais. Nesse sentido, vale a pena salientar como esse órgão enfrentou em seus julgamentos a questão espinhosa da vedação do retrocesso, reproduzindo trecho da ementa do Acórdão relativo ao Agravo Regimental nº 639.334, de relatoria do Ministro Celso de Mello:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde, o direito à segurança pública, v. g.) traduz, o processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto

constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. [...]⁴.

Nos primeiros anos subsequentes à promulgação da Constituição Federal de 1988, a posição dominante em nosso Supremo Tribunal Federal e no Superior Tribunal de Justiça – ideologicamente explicável – era, conforme esclarece Marcelo Zenkner (2012) em longo estudo comparativo, no sentido de que as normas constitucionais que versam sobre os direitos sociais (a começar do disposto no art. 6º) eram meramente programáticas e, por isso mesmo, não tinham aplicabilidade alguma, “a não ser diante e na medida de lei infraconstitucional que as concretize”(ZENKNER ; 2012).

A pesquisa realizada pelo referido autor constatou que apenas a partir de meados da década de 90 é que o Poder Judiciário brasileiro deixou de lado essa postura inicial e passou a admitir abertamente o controle jurisdicional de políticas públicas e a efetivação direta dos direitos fundamentais sociais.

A nossa Carta Magna se mostra farta na previsão de instrumentos processuais hábeis a garantir a tutela dos direitos sociais lesados ou ameaçados de lesão diante do Poder Judiciário – afinal, é o processo que se reveste da função básica de assegurar a efetividade da própria Constituição e, como decorrência, a dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.

Sobejam decisões do nosso Supremo acerca dessa matéria, estando praticamente consolidado o entendimento quanto à possibilidade de implementação imediata dos direitos sociais pelo Poder Judiciário – especialmente em se tratando dos direitos à saúde e à educação. Isso pode ser constatado em que pese às críticas coerentes produzidas no que respeita à intervenção judicial nesse domínio.

Há um número expressivo de decisões promanadas pelo Supremo Tribunal Federal deste país que, acompanhando a doutrina brasileira de cunho mais liberal, admite que a vedação total de acesso direto à Justiça em relação ao gozo de direitos do porte daqueles precedentemente mencionados não representa o melhor caminho.

⁴ BRASIL, Supremo tribunal Federal. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011. Acórdão publicado no DJe 15 de setembro de 2011.

3. OS MEMBROS DO STF COMO REPRESENTANTES JURÍDICOS DO CONHECIMENTO EMANCIPATÓRIO E VALORIZAÇÃO DOS DIREITOS EMERGENTES

Os integrantes do nosso Tribunal Constitucional procuram efetivar, por meio do controle da constitucionalidade das leis e de outros atos normativos, bem como da tutela dos direitos fundamentais, o desiderato constitucional, entendido no seu todo dirigente-valorativo-principiológico.

Eles compõem uma verdadeira elite judicial que dá sustentação, por seu conhecimento jurídico amplo, qualificado e sempre disponibilizado para assegurar soluções que chegam a esse Tribunal, à existência do Estado Democrático. Noção essa que está indissociavelmente ligada à realização dos direitos fundamentais – “aquilo que se pode denominar de plus normativo do Estado Democrático de Direito” (STRECK, 2004. p. 148).

A qualificação dos membros do nosso Supremo Tribunal Federal como representantes jurídicos e aqui entendidos como capazes de produzir conhecimento emancipatório, inclusivo e integradores tomou por base a noção de procedência marxiana refundida por Löwy em textos onde procura abordar a questão complexa da dialética entre a ideologia – enquanto visão social de mundo peculiar a uma classe (dominante) – e a produção do conhecimento novo e reformador (LÖWY; 2013) e aqui reelaborado para o mundo jurídico.

Löwy tem em vista a análise brilhante da visão de mundo da pequena burguesia, de uma dada superestrutura ideológica, empreendida por Karl Marx (2002) em O 18 Brumário de Luis Bonaparte (datado de 1851), onde está elucidado o processo histórico-político que levou, graças à cooptação ideológica dos integrantes da pequena burguesia francesa, ao golpe de Estado, ao acontecimento capaz de alavancar o referido sobrinho Napoleão ao status de Imperador (Napoleão III).

Aquilo que o pensador alemão investigou se reporta à pequena burguesia, mais teria, no modo de entender do referido sociólogo do conhecimento, um significado metodológico mais geral. Marx entende que quem cria as ideologias são as classes sociais, ou seja, o processo de produção da ideologia não se efetua no nível dos indivíduos, mas sim no das classes sociais. Contudo, quem sistematiza tais visões sociais de mundo, as desenvolve, dá-lhes forma de pensamento elaborado são os representantes de classe. E esses o fazem em função de seus interesses da classe.

Tal abordagem se aplica, em princípio, aos representantes políticos e literários da pequena burguesia francesa, que, aliás, não conseguem superar os limites de sua visão de mundo. No entanto, argumenta Löwy que essa análise pode ser estendida a seus representantes científicos e que expandimos aos representantes jurídicos do mais elevado Tribunal brasileiro, entendida a peculiaridade que trataremos logo a seguir.

A bem da verdade, o conceito de “representante científico de classe” pode ser rastreado na produção filosófica de Marx. Encontra-se em texto divulgado em 1847, (portanto, antes de O 18 Brumário de Luís Bonaparte) – Miséria da filosofia, onde se propõe um questionamento radical dos fundamentos idealistas do socialismo de Proudhon, e onde se identifica o ponto de vista marxiano segundo o qual os economistas são os representantes científicos da classe burguesa (MARX; 2009). Daí é possível inferir uma ideia-força que vai ser retomada e, sobretudo apurada nos escritos sobre economia política a nós legados por esse pensador: ciência e representação científica de classe não são contraditórias. Do mesmo modo, é possível, pois, inferir que conhecimento, decisões emancipatórias e representação de classe também não são necessariamente antagônicos e no caso, podem dar margem a que se produza conhecimento jurídico novo reformador, a partir de uma interação entre os movimentos da sociedade civil e as garantias de direitos emergentes.

Os membros do Supremo Tribunal Federal, em sua qualidade de operadores jurídicos de máxima estatura encarregados de salvaguardar e defender a Constituição, não são apenas representantes jurídicos da classe hegemônica. De uma classe cujos interesses o Estado brasileiro se empenha em representar e manter.

São eles os representantes num campo onde o conhecimento jurídico, o método científico e o protagonismo trabalham no sentido da inversão da socialização de modo que as normas socialmente dominantes cedem a condutas existentes ou emergentes através da sociedade civil organizada e vão se distanciando dos paradigmas positivista e normativista, exercendo o domínio de novos processos de interpretação das normas (a abrangerem as regras propriamente positivadas e os princípios) assegurando a necessária sustentação ao processo em curso de afirmação dos direitos sociais e mesmo de novos direitos individuais e, em especial os direitos existenciais emergentes.

A sociologia compreensiva weberiana sustenta corretamente que a investigação sociológica não deve limitar-se à abordagem dos comportamentos sociais evidenciados pelo agir humano. Deve, especialmente levar-nos a compreender, adotando uma hermenêutica rigorosa, o sentido que os integrantes de um coletivo conferem à ação que

realizam. Os membros do referido Tribunal assim fazem quando rompem com o direito escrito literal ou mesmo com a falta de previsibilidade legal frente a flagrante desigualdade.

Existe um vínculo indiscutível entre aqueles magistrados e o Estado – este último não mais compreendido como uma sùmula racional da sociedade, mas ainda identificado, aos olhos de muitos cidadãos brasileiros, como instância ineliminável de regulação da vida social e mesmo econômica. Cabe, no entanto, aos integrantes do STF realizar o trânsito do conhecimento-regulação. Sobre o modo como será possível concretizar-se uma espécie de ruptura epistemológica (pensada não à maneira althusseriana) vale a pena destacar o argumento sustentado por Boaventura de Sousa Santos (2000; p.107):

[...] o conhecimento-emancipação tem que romper com o senso comum conservador, mistificado e mistificador, não para criar uma forma autônoma e isolada de conhecimento superior, mas para se transformar a si mesmo num senso comum novo e emancipatório.

3.1 Promovendo um novo diálogo com a Economia Política

O campo da crítica da economia política foi uma das áreas onde Marx veio a consolidar alguns pontos de sua reflexão ainda fundamental nestes tempos onde se tem verificado uma transição paradigmática, a afetar tanto as estruturas, espaços sociais e valores da modernidade quanto o destino do capitalismo (SANTOS; 2000, p. 185-188). É um esboço vigoroso de uma teoria do conhecimento científico social e uma hermenêutica da suspeição (MÉSZÁROS; 2004, p. 110–113), destinada, sobretudo como enfatizado por Boaventura de Souza Santos (2013; p. 36-65) a denunciar ou desmascarar as perversões da ordem capitalista e apoiada num instrumento ainda imprescindível ao desenvolvimento dos saberes sobre a produção da vida social – em suma, a crítica das ideologias.

No referido esboço sobressaem as seguintes inferências a que Marx chegou nos seus trabalhos em economia política, examinados por Löwy: (1) o ponto de vista de classe e o conhecimento científico, e aqui acrescentamos, a extensão jurídica, não são contraditórios (entendimento já evidenciado no conceito marxiano de representação

científica de classe); (2) a caracterização de uma teoria como representando o ponto de vista de uma dada classe não significa necessariamente que essa obra seja destituída de valor científico (o que a produção intelectual de um David Ricardo pode comprovar); (3) o ponto de vista burguês num determinado autor de certa estatura científica (ou jurídica) não deve ser entendido como produto de uma apologia direta, servil aos interesses de uma determinada classe dominante, mas resulta do fato de que a visão do mundo de tal autor, a visão que serve de orientação ao seu trabalho científico (jurídico) corresponde à visão social daquela classe hegemônica (essa não é necessariamente uma mentira, porém vai incluir uma boa dose de ilusão, de autoilusão); (4) um representante de classe (literário, político, científico, jurídico) pode vir a ultrapassar os limites (as limitações) de sua visão de classe e alcançar uma compreensão crítica mais ampla das contradições sociais.

A noção que introduzimos aqui é justamente a de extensão do refinamento de Löwy, antes referenciado, na medida em que os membros do Supremo Tribunal Federal enquanto produtores de decisões baseadas em conhecimento de qualidade, ainda que, sem desafiar diretamente as classes ou as ideologias, incorporam em suas decisões demandas da sociedade civil por direitos sociais e existenciais emergentes a despeito de cientificismos, positivismos religiosidades, lutas de classes ou tradições conservadoras.

Cumprir hoje reconhecer que os direitos humanos, se entendidos como princípios para o fazer político, não compõem um projeto global (ou mesmo total, em casos excepcionais) para o futuro da sociedade, como pretendem, de modo diverso, o socialismo, o comunismo, o liberalismo e, mais recentemente, o neoliberalismo. Tais direitos que na atualidade são mais objeto de atenção da sociedade civil do que do próprio Estado (embora se admita o vigor dessa nova configuração jurídico-política que é o Estado Democrático de Direito), incorporam o direito à diferença, ao direito – de e para todos – ao desenvolvimento das potencialidades com autonomia plena, à absoluta liberdade de expressão (por vezes colidindo com os direitos à integridade pessoal e à imagem), à promoção da igualdade sem descaracterizar ou violentar o indivíduo e se caracterizam por sua imensa capacidade de adaptação às novas realidades sociais, incorporando novas demandas e promovendo mesmo novos direitos.

Os membros dos Tribunais Constitucionais contemporâneos não devem subestimar a força de seu protagonismo político na busca de justiça e na salvaguarda e aprimoramento dos direitos humanos. Esses magistrados podem cumprir um papel decisivo no processo de libertação dos cidadãos da servidão dos tempos futuros, tão

perseguido pelo marxismo weberiano, conforme se pode depreender das observações de LÖWY (2014), atento à necessidade de liberar os indivíduos da jaula de aço do cálculo egoísta, ainda resguardada pela ordem capitalista.

3.2 A produção das decisões judiciais na esfera do STF e sua relação com a ideologia

No campo da produção do conhecimento jurídico reconhece-se a existência de uma região de incerteza jurídica – nesta as leis e os precedentes judiciais não oferecem orientação e limites claros. Em tal domínio inseguro, instável, a visão do magistrado sobre a vida, a sociedade a luta de classes e os propósitos das leis – a saber, sua visão de mundo e do sentido de sua atuação profissional – entram necessariamente em ação.

Em nosso país, a jurisdição constitucional revela, cada vez mais, uma propensão a concentrar os casos nessa região de incerteza no Supremo Tribunal Federal. Eis o motivo porque a esse Tribunal é pertinente aplicar a ponderação de Brian Tamanaha (2010; p. 90):

[...] as visões políticas dos juízes da Suprema Corte (*justices*), os quais apreciam uma proporção maior de casos juridicamente incertos, apresentam uma relação muito mais forte com as suas decisões legais [...] em comparação com os juízes das Cortes de instâncias inferiores.

Isso não quer dizer que os *justices* norte-americanos ou os Ministros de nosso Supremo façam valer suas visões políticas de maneira direta e automática. Estes costumam afirmar e cobrar uns dos outros que julguem “com isenção” e “segundo a letra da lei”. Suas visões políticas entram em ação, sobretudo através da discussão dos propósitos da lei na ausência de estruturas interpretativas estabelecidas. Por outro lado, as preferências políticas pessoais dos magistrados costumam ser filtradas pelo próprio aparato jurídico, conforme inferiu Kennedy (2008).

Admite-se, nessa linha de argumentação, que cada juiz – independentemente do rótulo que faz questão de ostentar ou que lhe seja atribuído, como o de “realista” ou “formalista” (a configurar uma polarização muito bem questionada por estudiosos como Tamanaha) – realiza o seu trabalho mais ou menos do mesmo modo. Para sermos mais explícitos: enxergando a situação fática através das “lentes legais” do ordenamento jurídico e, ao mesmo tempo, tomando-se em consideração, de maneira consciente e/ou

inconsciente, questões extralegais relacionadas às consequências das decisões e a entendimentos nem sempre indisputáveis acerca do propósito da Lei.

O ativismo judicial se for imputado aos integrantes de nosso Tribunal Supremo, deve sê-lo de uma forma mais realística e rigorosa:

Embora os juízes [*justices*], em seu processo decisório, estejam genuinamente procurando produzir uma resposta juridicamente correta, embora suas decisões sejam justificadas em termos de autoridade e argumentação jurídicas convencionalmente aceitáveis, isso caracteriza uma decisão jurídica com influências políticas e não uma decisão política com influências jurídicas (TAMANAH ; 2101, p. 198).

É possível inferir de exame anterior do modo como nosso Tribunal Constitucional tem enfrentado na atualidade questões concernentes à tutela dos direitos fundamentais sociais que esse órgão entende que estes têm de ser considerados direitos fundamentais e são *self-executing*, isto é, não dependem da atividade mediadora dos poderes públicos nem tampouco de lei ordinária para que sejam exigidos. Ademais, admite que tais direitos sociais podem ser tutelados pelo Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão por provocação direta de parte interessada e ser implementados, em caso de omissão estatal, via controle judicial de políticas públicas. Também defende a posição de que inexistem limites para a aplicação do princípio de vedação ao retrocesso⁵.

Cumprе salientar, nesta etapa da reflexão, que não se pode confundir escassez pura de recursos (alegada tantas vezes pelo Poder Público de modo a se furtaг a atender certas demandas de cidadãos brasileiros referentes a tais direitos fundamentais sociais) e a escassez de recursos derivada de desperdício descontrolado e/ou de aplicação em áreas não prioritárias – a exemplo dos gastos com publicidade por parte do Governo Federal. Em síntese: a fim de que o Poder Público possa invocar a seu favor a aplicação do princípio da reserva do possível como justificativa capaz de inibir a ação do Poder Judiciário na tutela dos direitos fundamentais sociais, cabe a ele o ônus da prova de que está de fato realizando o “possível”, exibindo resultados relativos à reserva e aplicação

⁵ Esse entendimento prevalente no âmbito do STF, bem como o seu reconhecimento do direito ao mínimo existencial (a preponderar sobre o conhecido princípio da reserva do possível em hipóteses de eventuais abusos por parte do Poder Público) levam o Professor Marcelo Zenkner (A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise comparativa. **Themis** – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, ano 12, n. 22/23, sobretudo p. 255-258) a concluir que o nosso Tribunal Constitucional tem adotado, em matéria de direitos fundamentais sociais, uma visão mais progressista, em termos doutrinários e ideológicos, do que aquela defendida pelo Tribunal Constitucional português.

dos recursos públicos em áreas tidas por fundamentais e prioritárias pela própria Carta Magna brasileira, assim como à implementação de medidas concretas e efetivas capazes de coibir o desperdício e a corrupção.

Uma vez que não há tal prova concreta apresentada pelo Estado nas ações judiciais que envolvam esses direitos, a falta de implementação de políticas públicas específicas, constitucionalmente garantidas e socialmente necessárias, representaria violação ao direito ao mínimo de existência condigna – pensado da perspectiva de uma certa ideologia política (o individualismo igualitário) como o núcleo essencial dos direitos sociais e defendido, sob esse ângulo de compreensão, por muitos integrantes do STF. A ausência de implementação dessas políticas públicas, por tal razão, reclamaria a intervenção judicial e permitiria a determinação – por parte do Poder Judiciário (notadamente, de nosso Tribunal Supremo) – do deslocamento de verbas de áreas prioritárias (como a propaganda institucional, só a título ilustrativo) para aquelas consideradas pela Constituição cidadã como fundamentais. Vale, a propósito, transcrever o ponto de vista de Ana Paula de Barcellos (2002. p. 245 e 246):

Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição. A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção de direitos dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associada ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível.

Já foi possível abordar como Supremo Tribunal Federal se tem posicionado sobre ações coletivas ajuizadas nessa seara. As decisões emanadas deste têm dado mostras de fazer frente – sob uma perspectiva ideológica mais liberal – à necessidade de compatibilizar ou harmonizar o direito ao mínimo existencial e o princípio da reserva do possível face à observância de metas julgadas prioritárias para os gastos públicos e a

efetivação prática e concreta de programas que possam gerar aumento da receita pública.

Não faltam decisões recentes dos Ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro que exibem nítida conexão entre o processo de construção da decisão judicial – apoiada em saber jurídico – e a ideologia. Não raro nessas se registra o apelo ao valor da solidariedade.

Em 2011, o Ministro do STF Luiz Fux, enfrentando a efetivação do direito fundamental à saúde, tomou a seguinte decisão:

O recebimento de medicamentos pelo Estado é direito fundamental, podendo o requerente pleiteá-los de qualquer um dos entes federativos, desde que demonstrada sua necessidade e a impossibilidade de custeá-los com recursos próprios. Isso porque, uma vez satisfeitos tais requisitos, o ente federativo deve se pautar no espírito de solidariedade para conferir efetividade ao direito garantido pela Constituição e não criar entraves jurídicos para postergar a devida prestação jurisdicional⁶.

Também com referência ao direito fundamental à saúde cabe enfatizar o modo como o Ministro Joaquim Barbosa enfrentou, com forte base em ideologia socialista-democrática, o direito de uma pessoa de insuficientes recursos financeiros a tratamento médico e cirurgia a serem realizados pelo município de Curitiba, apropriado ao quadro clínico de saúde então identificado. Transcreva-se trecho do acórdão relatado por aquele Ministro:

Consolidou-se a jurisprudência desta Corte no sentido de que, embora o art. 196 da Constituição de 1988 traga norma de caráter programático, o Município não pode furtar-se do dever de propiciar os meios necessários ao gozo do direito à saúde por todos os cidadãos. Se uma pessoa necessita, para garantir o seu direito à saúde, de tratamento médico adequado, é dever solidário da União, do Estado e do Município providenciá-lo⁷.

A nossa Carta Constitucional já proferiu decisão no sentido de maximizar o chamado “mínimo existencial”, reafirmando a dimensão política a ela conferida. Esse ponto de vista ideológico se manifestou quando esta procedeu a análise da possibilidade de o Poder Judiciário determinar a aplicação de políticas públicas sempre que os órgãos estatais competentes venham a descumprir os deveres políticos-jurídicos a eles inerentes

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.381 – AgR. Data do julgamento: 31 de maio de 2011. Acórdão publicado no DJe de 17 de junho de 2011.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 550.530 – AgR. Data do julgamento: 26 de junho de 2012. Acórdão publicado no DJe de 16 de agosto de 2012.

e comprometam, com essa omissão, a eficácia e a integridade de direitos individuais ou coletivos constitucionalmente reconhecidos:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional de controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula de ‘Reserva do Possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador do ‘mínimo existencial’. Viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas – direitos constitucionais de segunda geração. [...] Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, em condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, poder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade. [...] ⁸.

Que não se alimentem ilusões de que a fruição qualitativa e quantitativa dos direitos fundamentais venha a ocorrer entre nós simplesmente pela interferência direta do Poder Judiciário – e, sobretudo do nosso Supremo – na concretização de políticas públicas. Aliás, é prudente chamar a atenção para o fato de que mesmo os Estados-nação que apresentam melhores índices mundiais de desenvolvimento humano não alcançou o status em apreço a partir de textos constitucionais não raro prolixos ou de poderes judiciais especialmente ativos nesse domínio ⁹.

⁸ BRASIL. Supremo tribunal Federal. ADFP nº 45. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 29 de abril de 2004. Acórdão publicado no DJe de 4 de maio de 2004.

⁹ Sobretudo quando se observa nessas nações uma estrutura de apoio que permita a mobilização legal dos direito, mas se revela superficial e frágil. cf. EPP, op. cit., p. 295 e 298.

CONCLUSÃO

O posicionamento do Supremo Tribunal Federal como guardião da Constituição e agente político garante a seus membros legitimidade para produzir conhecimento e decisões que interfiram diretamente nas políticas públicas, seja, superando lacunas legislativas, seja adotando princípios constitucionais que não se limitem ao direito escrito.

Admitir que os Ministros do Supremo Tribunal Federal (assim como juízes pertencentes a outros setores do Judiciário) exercem também atividade política não equivale a asseverar que esta deva ser exercida sem limitações.

É importante ressaltar que a produção de conhecimento jurídico novo e autêntico é encontrável na atuação dos Ministros membros de nosso Tribunal Constitucional e que esses não se prendem a classes ou mesmo a uma ideologia política única ou estanque. Na solução dos problemas a que enfrentam, oscilam na questão ideológica pra fazer valer a solução menos ruim e que representem a expansão de direitos emergentes, em especial, aqueles ligados a dignidade da pessoa humana e a própria existência do cidadão brasileiro.

Importa frisar que inexistente separação estanque entre os órgãos estatais capaz de justificar a invocação de uma doutrina liberal superada – ou seja, a da pura separação dos poderes – que não revela mais congruência com as necessidades enfrentadas na conjuntura contemporânea do Poder Judiciário, especialmente pelo Supremo Tribunal Federal. E este tem sido chamado a exercer funções relevantes que assegurem e deem a desejável efetividade à Constituição de 1988 em questões tão arduas quanto complexas, a exemplo do direito de minorias e da concretização da justiça distributiva.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**. São Paulo: Renovar, 2002.

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Trad. de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Supremo tribunal Federal. ADPF nº 45. Relator Ministro Celso de Mello. Data do julgamento: 29 de abril de 2004. Acórdão publicado no DJe de 4 de maio de 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 607.381 – AgR. Data do julgamento: 31 de maio de 2011. Acórdão publicado no DJe de 17 de junho de 2011.

BRASIL, Supremo tribunal Federal. Data do Julgamento: 23 de agosto de 2011. Acórdão publicado no DJe 15 de setembro de 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento nº 550.530 – AgR. Data do julgamento: 26 de junho de 2012. Acórdão publicado no Dje de 16 de agosto de 2012.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de, A judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **4º Encontro Nacional da ABCP – Associação Brasileira de Ciência Política**. Rio de Janeiro: Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004.

ESTEVES, João Luiz M. **Direitos sociais no Supremo tribunal Federal**. São Paulo: Método, 2007.

EPP, Charles R. **La revolución de los derechos: abogados activistas y cortes supremas en perspectiva comparada**. Trad. de Alcira Bixio. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013. (Derecho y política).

HOGEMANN, Edna Raquel; SOUZA, Thiago Serrano. O direito fundamental ao afeto. **Revista Internacional de Direitos Humanos**. Bauru, v.1. n. 1, dez. 2013.

LÖWY, Michel. **A jaula de aço: Max Weber e o marxismo weberiano**. Tradução de Mariana Echalar. São Paulo: Boitempo, 2014.

MARX, Karl. **Miséria da filosofia**. São Paulo: Expressão Popular, 2009.

MIARELLI, Mayra Marinho; LIMA, Rogério Montai de. **Ativismo judicial e efetivação de direitos no Supremo Tribunal Federal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais – teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

OLIVEIRA, Fabiana Luci de. **STF: do autoritarismo à democracia**. Rio de Janeiro: Campus/FGV, 2011.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución**. Madrid: Editorial Tecnos, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência**. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2000 (para um senso comum: a ciência do direito e a política na transição paradigmática, v. 1

_____, Boaventura de Sousa. Tudo que é sólido se desfaz no ar: o marxismo também? Pela mão de **Alice**: o social e o político na pós-modernidade. 14. ed. São Paulo: Cortez, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição constitucional e hermenêutica**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

TAMANAHA, Brian Z. **Beyond the formalist-realist divide**: the role of politics in judging. Princeton: Princeton University Press, 2010.

ZENKNER, Marcelo. A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro: uma análise comparativa. **Themis** – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Lisboa, ano 12, n. 22/23, 2012.

http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico_?pagina=5. Acesso em 23 de maio de 2014.