

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste livro poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – Conpedi

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR

Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches - UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)

Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias

Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC

Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU

Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC

Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC

Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM

Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA

Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladimir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;

Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-051-0

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

Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34



XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnnet

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisia Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier
12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet
13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires
14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo
15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas
16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert
17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva
18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite
19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas
20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima
21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos
22. Benefício constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros, de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

**O PODER JUDICIÁRIO, A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS:
ATIVISMO JUDICIAL NO STF PELA CRÍTICA DE ANTÔNIO JOSÉ AVELÃS
NUNES.**

**THE JUDICIARY , THE CONSTITUTION AND FUNDAMENTAL RIGHTS :
JUDICIAL ACTIVISM IN BRAZILIAN SUPREME COURT BY CRITICS OF
ANTONIO JOSÉ AVELÃS NUNES.**

**Tassiana Moura de Oliveira
Ana Paula Da Silva Azevêdo**

Resumo

O presente artigo discute o ativismo ou a autocontenção do Supremo Tribunal Federal (STF) a partir de um texto produzido pelo professor José Avelã Nunes, catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra. O texto analisado critica o ativismo judicial brasileiro, especialmente na judicialização da política pública de saúde. O autor compara com a realidade portuguesa fazendo, inicialmente, um paralelo entre os sistemas de jurisdição constitucional brasileiro e português. Neste artigo, ainda, se faz uma conceituação de ativismo e suas dimensões. Partindo desta definição, são analisados alguns casos que chamam a atenção pelo impacto nas políticas públicas do Poder Executivo e a postura do Judiciário.

Palavras-chave: Ativismo judicial, Judicialização da política, Poder judiciário.

Abstract/Resumen/Résumé

This article discusses activism or self-restraint of the Federal Supreme Court (STF) from a text produced by Professor José Avelãs Nunes, professor emeritus of the Faculty of Law of Coimbra. The analyzed text criticizes the Brazilian judicial activism, especially in the judicialization of public health policy. The author compares the Portuguese reality doing initially a parallel between the Brazilian and Portuguese constitutional court systems. In this article, we try to conceptualize the activism and its dimensions. From this definition we analyze some cases that draw attention to the impact on public policy of the Executive and the Judiciary posture.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Judicial activism, Judicialization of politics, Judiciary.

1. INTRODUÇÃO

O artigo discute um dos temas que mais tem se comentado no cenário jurídico atual: o ativismo ou a autocontenção no Supremo Tribunal Federal, a partir de um texto produzido por Antônio José Avelã Nunes, Professor Catedrático Jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra na Conferência Inaugural proferida no XXXVIII Congresso Nacional dos Procuradores de Estado em Foz do Iguaçu no dia 16 de outubro de 2012. A crítica deste professor é baseada na judicialização da política pública na área de saúde e da postura ativista dos magistrados diante dos casos demandados.

Para adentrar no debate, foi preciso fazer uma breve introdução sobre judicialização, ativismo e autocontenção, uma vez que estes termos muitas vezes são utilizados de maneira confusa. Em um primeiro momento serão abordados a origem do termo ativismo judicial e seus conceitos, em seguida serão traçadas as suas dimensões, e ao fim será feita uma análise do texto base do presente artigo, relacionando-o com outros casos de ativismo.

No século XXI o judiciário vem ocupando um papel de maior relevo no funcionamento do Estado. Assim como, nos séculos anteriores, XIX e XX, destacaram-se o Poder Legislativo e Executivo, respectivamente.

A sociedade já possui uma série de direitos humanos e fundamentais que estão fartamente previstos na legislação, porém carentes de concretização.

Assim, o Poder Judiciário tem assumido papel fundamental no funcionamento do Estado confeccionando e elaborando as políticas públicas estatais.

Não são poucas as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal que ultrapassam os limites legais e se caracterizam por serem sociais ou assistencialistas. Contudo, elas não são maioria e variam de acordo com o momento político ou composição da Corte.

2. CONCEITOS DE ATIVISMO JUDICIAL

A judicialização é o resultado de diversos fatores que levam os entes políticos e os cidadãos a optar pela via judicial para debater questões políticas do que as arenas comumente planejadas pela divisão dos poderes.

A ideia 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, 2012, p. 25).

Enquanto a judicialização se refere às demandas, o ativismo está intrinsecamente ligado às decisões judiciais. O quanto os juízes estão utilizando de suas prerrogativas para ir além dos seus poderes e invadirem os poderes legislativo e/ou executivo.

Em pesquisa apresentada por Kmiec (2004), os termos “ativismo judicial” e “ativista judicial” apareceram 3.815 (três mil oitocentos e quinze) vezes em revistas e artigos de Direito na década de 90. Nos primeiros quatro anos do século 21, estes mesmos termos já foram citados em mais 1.817 (mil oitocentos e dezessete) artigos, em uma média de 450 por ano. Nota-se que não é de agora o interesse pelo tema, no Brasil, o assunto também tem sido cada vez mais discutido entre os acadêmicos.

Quanto à compreensão do que significa o termo, vários já tentaram definir. O primeiro a utilizar o termo “*judicial activism*” foi Arthur Schlesinger em 1947 numa publicação de quatorze páginas da revista Fortune. A descrição de Arthur Schlesinger Jr. era temporal e individual. Ele escreveu sobre a Corte Americana de 1947 e separou os *Justices* entre *activists* e *self-restraint*. No entanto, a falha dele foi a de não explicar melhor o que seria, em termos principiológicos, ser ativista ou de autocontenção (GREEN, 2009).

Schlesinger apresentou o termo “ativismo judicial” exatamente como oposto à “autocontenção judicial”. Para o autor, os juízes ativistas substituem a vontade do legislador pela própria, acreditando que devem atuar ativamente na promoção das liberdades civis e dos direitos das minorias (CAMPOS, 2014). Também trouxe outra contribuição ao dizer que quanto mais uma corte se apresenta como instituição vital ao país e à sociedade, mais ela e seus juízes deverão sujeitar-se ao julgamento crítico sobre suas motivações, relações internas e externas, enfim, tudo o que possa ser fator das decisões tomadas.

A falha conceitual inicial não impediu que o termo ganhasse fama e fosse repetido muitas vezes após a primeira utilização, mas colaborou com a dificuldade da criação de um conceito único e claro. A forma mais comum de utilização, segundo Green (2009), é a crítica ao comportamento judicial. Quando se diz que uma decisão ou um juiz foi ativista, quer-se criticar o posicionamento dele além da norma ou do que se vem decidindo sobre aquele tema.

O mesmo Green (2009) teve como objetivo em seu trabalho mostrar que o termo “ativismo judicial” emergiu de uma tradição complexa de crítica judicial. O que mostra como foi difícil evoluir num significado unificado do termo.

Os trabalhos mais recentes tendem a definir ativismo judicial como a invalidação de atos legislativos pelo judiciário. Contudo, apenas a invalidação revela pouco sobre a propriedade de decisões individualmente. Por exemplo, se a Corte invalida uma norma claramente inconstitucional, isso não pode ser considerado ativismo judicial, pois trata-se de mera atividade de controle de constitucionalidade (KMIEC, 2004).

Professor Lino Graglia (apud KMIEC, 2004) entende que ativismo judicial é, de maneira simples, a prática judicial de invalidar escolhas políticas realizadas por outras instituições de poder que a própria Constituição não tem como clara proibição.

O ativismo judicial está hoje envolvido em transformações institucionais e políticas amplas, sendo tendência verificada em várias partes do mundo além do universo norte americano e há mais tempo que o debate no Brasil possa sugerir (CAMPOS, 2014).

Seguindo para o Brasil, recente trabalho de Campos (2014, p. 36 e 37) definiu ativismo judicial como

o exercício expansivo, não necessariamente ilegítimo, de poderes político-normativos por parte de juízes e cortes em face dos demais atores políticos, que: (a) deve ser identificado e avaliado segundo os desenhos institucionais estabelecidos pelas constituições e leis locais; (b) responde aos mais variados fatores institucionais, políticos, sociais e jurídico-culturais presentes em contextos particulares e em momentos históricos distintos; (c) se manifesta por meio de múltiplas dimensões de práticas decisórias.

Como se vê, o ativismo não é necessariamente ilegítimo, aliás, não se deve atribuir substantivos relacionados a ser “bom” ou “ruim”. É preciso identificá-lo e avaliá-lo segundo o caso concreto. Lima (2014, p. 211) sugere que “o debate em torno do ativismo e da autocontenção judicial possui dois eixos analíticos centrais: institucional e metodológico.”.

De acordo com o eixo institucional, segundo a autora (LIMA, 2014, p. 211 e 212), “o ativismo se refere à apreciação da questão submetida ao tribunal, com anulação ou substituição do ato da outra instância de poder ou com determinação de obrigações para seus agentes”. Por outro lado, a autocontenção “expõe o reconhecimento da competência das demais agências estatais”.

O eixo metodológico está relacionado às relações entre a doutrina (arcabouço teórico) e os tribunais (prática jurídica). Segundo Lima (2014, 212), o eixo metodológico revela o “desenvolvimento de um senso crítico quanto à atuação judicial, de modo que a

imputação de ativismo implica numa reprovação posterior de um dado julgado, ao passo que a autocontenção não corresponde necessariamente à aprovação da decisão”, mesmo que retrate à adequação dos parâmetros metodológicos.

Lima (2014) propôs os dois eixos de avaliação do ativismo/autocontenção das decisões do STF em contraponto às pesquisas empíricas que avaliam as decisões de acordo com a declaração de constitucionalidade ou inconstitucionalidade. Outros trabalhos traçam dimensões para avaliar o ativismo de decisões desenvolvendo parâmetros que auxiliam a compreensão do pesquisador.

No próximo tópico, serão apresentadas algumas dessas dimensões a partir de Marshall (2002), Kmiec (2004) e Campos (2014) com o objetivo de compreender o ativismo da decisão objeto de estudo.

3. DIMENSÕES DO ATIVISMO JUDICIAL

Diferentemente dos autores que tentaram criar um conceito para o termo “ativismo judicial”, William P. Marshall (2002, p. 104) quis identificar índices nos casos de ativismo judicial, comumente indicados pela literatura. Ele conseguiu chegar em sete dimensões:

- (a)Ativismo contra-majoritário: a relutância das Cortes em acatar as decisões das instituições democraticamente eleitas;
- (b)Ativismo não-originalista: A falha das Cortes em acatar alguma noção de originalismo em casos decisivos, se esse originalismo está fundamentado em uma estrita fidelidade ao texto ou em referência à intenção original dos autores;
- (c)Ativismo de precedentes: a falha das Cortes em acatar precedentes judiciais;
- (d)Ativismo jurisdicional: a falha das Cortes em aderir a limites jurisdicionais em seus próprios poderes;
- (e)Criatividade judicial: a criação de novas teorias e direitos na doutrina constitucional;
- (f)Ativismo remediador: o uso do poder judicial para impor obrigações afirmativas a outros ramos de governo ou de colocar instituições governamentais em supervisão judicial como parte de um remédio judicial imposto
- (g)Ativismo partidário: o uso do poder judicial para conquistar claros objetivos partidários.

Como o próprio autor alertou, a combinação desses índices não dá uma definição única do que é o ativismo judicial. Exatamente, porque, é possível que uma decisão seja ativista numa dimensão, mas não necessariamente em outra. Por exemplo, uma decisão pode

ser coerente com um precedente, mas não acatar uma decisão de uma instituição democraticamente eleita.

Kmiec (2004) traz em seu trabalho definições de ativismo a partir, também, de alguns índices, apesar de não ser esta a nomenclatura que ele utiliza. A primeira, assim como Marshall (2002), também é a visão contra-majoritária, no entanto ele intitula de “derrubar ações constitucionais questionáveis de outros ramos”. O segundo índice de avaliação é “ignorar precedentes”, distinguindo-se se eles são verticais ou horizontais e se são uma questão constitucional, *statutory* ou de *common law*.

A terceira definição seria a de legislar judicialmente. Quem critica o ativismo judicial costuma atacar justamente esta dimensão. Como George W. Bush disse: “nós queremos juízes que interpretem a lei, não que tentem fazer e escrever a lei” (KMIEC, 2004, p. 1471). A crítica funda-se justamente na ideia de divisão de poderes, quando teoricamente temos três poderes com designações distintas e independentes.

A quarta dimensão, “partir de metodologias aceitáveis de interpretação”, pode significar que um juiz usa diferentes mecanismos para tomar uma decisão, comparado com o que outro juiz poderia ter usado. Isso pode ocorrer porque um juiz comete um erro, ou porque sua filosofia judicial requer que ele não se limite a certos guias interpretativos. Segundo, e mais importante, isso pode significar que duas pessoas concordem em quais ferramentas devem ser usadas para tomar uma decisão, mas discordem em como aplicar essas ferramentas em cada caso (KMIEC, 2004).

Por fim, a quinta definição é a de julgamento orientado para o resultado. Segundo ela, uma decisão é ativista apenas quando o juiz tem um motivo ulterior para criar a regra e a decisão parte de alguma base de correção. Quão ativista é a decisão depende de quão distante ela for dessa base. A dificuldade de mensurar esta dimensão está em perceber (e comprovar) o “motivo ulterior” que leva o juiz a tomar determinada medida, pois é muito subjetivo.

Campos (2014) trabalhou no sentido de descrever e sistematizar as diferentes dimensões, também, no entanto sobre o ativismo judicial da Corte brasileira, o STF. Sinteticamente, o trabalho dele apresenta cinco dimensões:

(a) Dimensão metodológica – Interpretação e aplicação expansiva e inovadora das normas e dos direitos constitucionais; (b) Dimensão processual – autoamplificação de jurisdição, da utilidade e da eficácia dos poderes processuais e suas decisões; (c) Dimensão estrutural ou horizontal – interferência rígida e incisiva sobre as decisões dos demais poderes; (d) Dimensão de direitos: avanço de posições de liberdade, de dignidade e de igualdade social sobre os poderes públicos; (e) Dimensão antidialógica: afirmação da posição do Supremo como único intérprete da Constituição (CAMPOS, 2014, p. 275).

A dimensão metodológica refere-se ao modo de interpretar e aplicar os dispositivos constitucionais ou legais, expandindo ou reduzindo os significados para além ou aquém dos sentidos mais imediatos e compreensíveis e, às vezes, até mesmo contra esses sentidos. É a negação do dogma difundido por Moreira Alves que dizia que a Corte deve se limitar a afastar do ordenamento jurídico normas inconstitucionais, sendo impedida de inovar na ordem jurídica (CAMPOS, 2014).

Conforme Campos (2014), o STF vem desenvolvendo e avançando esta dimensão de ativismo judicial, tanto que é possível sistematizá-la a partir de julgados criativos em quatro principais comportamentos: interpretação e aplicação das normas constitucionais; interpretação conforme a constituição e declaração de nulidade parcial; controle da omissão legislativa inconstitucional; decisões maximalistas.

Quanto ao ativismo judicial processual, o STF amplia a própria participação na construção da ordem jurídica e democrática por meio da ampliação dos instrumentos processuais. São sinais de destaque: i) as propostas de autoampliação da eficácia das decisões de inconstitucionalidade; ii) a busca pela amplitude do cabimento do instrumento da reclamação, de modo a realizar-se por meio desta o controle incidental de constitucionalidade; iii) a amplitude do uso do mandado de injunção para decidir além do caso concreto; iv) a construção de súmulas vinculantes a partir de decisões não reiteradas; v) o uso irrestrito e não criterioso da repercussão geral (CAMPOS, 2014).

O ativismo estrutural ou horizontal está de acordo com o avanço jurisprudencial do STF, todas as decisões relevantes dos outros poderes estão sujeitas ao controle de legitimidade constitucional pela Corte, e as razões políticas ou empíricas dessas decisões relevantes estão todas inteiramente sujeitas a esse controle sem gozar de qualquer precedência normativa. Uma vez provocado o controle, “o jogo começa do zero” (CAMPOS, 2014, p. 314).

A legitimação classificatória da dimensão do ativismo de direitos se dá pelo critério da relevância. “Os direitos fundamentais estão no centro da jurisprudência do Supremo e isso tanto sob perspectiva quantitativa como qualitativa”, segundo Campos (2014, p. 322).

Nesse caso, há duas vertentes: a dimensão negativa, quando a Corte interfere nas ações estatais regulatórias, investigatórias e coercitivo-penais); e a dimensão positiva, quando a Corte interfere no dever de legislar, nas políticas públicas e nas decisões alocativas de recursos do Estado, com base na igualdade social e na garantia do mínimo existencial.

“A interpretação constitucional não pode ser encarada como tarefa exclusiva do STF”, afirmou Campos (2014, p. 332). A Corte pode ter a última palavra sobre um caso particular, mas não necessariamente acerca da questão constitucional mais ampla que governa o caso, a qual deve ser definida pela coordenação equilibrada entre os três poderes.

No entanto, conforme a dimensão dialógica do ativismo judicial do STF, a Corte tem decidido casos em que impede os demais poderes de interpretar diferentemente o texto constitucional em comparação a sua interpretação anterior. Quer dizer que quem teria a última palavra em matéria constitucional seria o STF, apenas, em qualquer situação.

Os grandes problemas hoje, entre eles a própria governabilidade, estão nas mãos do Judiciário. “Os juízes hoje fazem parte da confecção e da elaboração das próprias políticas públicas, como na área do consumidor, do meio ambiente, dos povos indígenas, da proteção à criança e ao adolescente, ao idoso e aos deficientes físicos. Portanto, a nossa responsabilidade neste momento é enorme”, afirmou Lewandowski (2014, s/p) em entrevista recente.

4. O PODER JUDICIÁRIO, A CONSTITUIÇÃO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOB A ANÁLISE DE AVELÃS

Logo no primeiro tópico do trabalho, o autor revela como se dá a organização judiciária em Portugal, seu país de origem. Diferentemente do Brasil, Portugal possui um Tribunal Constitucional (TC). Significa dizer que o TC exerce uma função jurisdicional e não uma função política, segundo a opinião de Avelãs (2012 p. 8). Ainda segundo ele, significa também que o TC não é mais um tribunal entre os outros, mas um tribunal que não está integrado na organização judiciária.

Tribunais constitucionais, de uma maneira geral, ocupam-se com questões unicamente de controle de constitucionalidade de modo abstrato ou defesa e interpretação do texto constitucional. No caso brasileiro, o STF tem muitas outras funções, dentre elas a de órgão recursal de última instância. Os casos que iniciam nas diversas comarcas brasileiras no juízo primário podem chegar ao STF em recurso extraordinário.

É importante apontar a diferença entre a situação de Portugal e do Brasil, uma vez que o autor fala sobre judicialização da política da saúde em seu país de origem, mas se detém muito mais no caso brasileiro. E o que chama a sua atenção é justamente o acesso ao órgão

máximo da estrutura judiciária brasileira de casos “pequenos” que deveriam ou poderiam ser discutidos em nível executivo ou legislativo.

O STF tem procurado resolver problemas delicados que o Congresso não estaria disponível para resolver, ou que teria um alto custo político, ajudando assim a aliviar tensões. Por outro lado, faz ver aos demais poderes do Estado que não podem ignorar a vontade difusa dos cidadãos no sentido de encontrar soluções para problemas da sociedade.

Esta não é uma prática normal por parte do Poder Judiciário na Europa, onde alguns destes problemas são resolvidos em nível legislativo, sempre de acordo com a opinião de Avelãs. Para ele, “as deficiências do Poder Legislativo (e também do Poder Executivo) em termos de representatividade e de legitimidade não se resolvem pelos caminhos da judicialização da política, porque esta arrasta consigo a politização da justiça, nocivas para a democracia (2012, p. 21)”.

Nesta passagem, o autor critica a politização da justiça, que seria transformar o Judiciário em ambiente de formulação de políticas públicas e discussão para problemas puramente políticos a partir da visão política de cada agente judicial. Ou melhor, de acordo com Maciel e Koerner (2002, p. 114), “a noção de politização da justiça destaca os valores e preferências políticas dos atores judiciais como condição e efeito da expansão do poder das Cortes”.

4.1 Casos criticados

Alguns casos foram utilizados de exemplos para a crítica do autor à judicialização da política no Brasil. Em um dos primeiros casos que lhe chamou a atenção, a sentença continha um verdadeiro programa de política pública que o juiz definiu, ao arrepio das leis orçamentárias. O caso ocorreu em Alagoas, onde o juiz a requerimento do Ministério Público, determinou a contratação de educadores sociais suficientes para garantir as atividades de ressocialização de adolescentes detidos em Unidades de Internação.

Para Avelãs, apenas o Parlamento pode censurar a falta de políticas públicas, e não é possível deduzir-se a competência do Poder Judiciário para definir políticas públicas, mesmo que seja para garantir um direito fundamental e tenha prioridade. Além disso, o juiz, segundo ele, não tem suficiente conhecimento técnico para defini-las, nem legitimidade democrática conquistada no voto.

Mais a frente, o autor critica uma decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que decidiu ser lícito ao magistrado determinar o bloqueio de valores em contas públicas para

garantir o custeio de tratamento médico indispensável, como meio de concretizar o princípio da dignidade da pessoa humana e do direito à vida e à saúde, sendo permitida, inclusive, a mitigação da impenhorabilidade dos bens públicos.

Para o STJ, o legislador deixou ao prudente arbítrio do magistrado a escolha das medidas que melhor se adequem às peculiaridades de cada caso, incluindo o recurso à medida coercitiva de bloqueio em conta do Estado.

Os direitos fundamentais à vida e à saúde são direitos subjetivos inalienáveis, constitucionalmente consagrados, cujo primado, em um Estado de Direito Democrático como o nosso, que reserva especial proteção à dignidade da pessoa humana, há de superar quaisquer espécies de restrições legais.

No entanto, não se pode concluir que o princípio à dignidade da pessoa humana sempre se sobrepõe ao respeito ao orçamento, uma vez que vai de encontro à própria ideia do neoconstitucionalismo que defende que os princípios devem ser ponderados no caso concreto.

Avelãs aponta que, partindo do princípio de que cabe ao Poder Judiciário a missão de garantir o cumprimento das leis vigentes e a efetivação do direito à saúde e à vida dos cidadãos, os tribunais brasileiros extraem dele a conclusão de que estes direitos devem prevalecer sobre qualquer outra norma do ordenamento jurídico, inclusive acima dos critérios de conveniência e de oportunidade da Administração Pública.

O STJ tem entendido que não há discricionariedade do administrador frente aos direitos consagrados constitucionalmente. Nesse campo a atividade é vinculada sem admissão de qualquer exegese que vise afastar a garantia pétrea.

A denúncia que ele faz é que os Tribunais não podem dispor de “dinheiros públicos” (mesmo que não inscritos no orçamento da saúde) para financiar planos individuais de saúde (em regra de indivíduos bem colocados na vida), pois assim “aprisiona-se o interesse social e concede-se realce ao direito individual”.

Os tribunais não podem servir como porta de acesso a privilegiados, em prejuízo dos mais pobres, violando o princípio constitucional da igualdade e ofendendo a dignidade e o direito à vida e à saúde dos mais pobres, a pretexto de garantir o direito à vida e à saúde dos mais ricos.

O STF parece, a vista do autor, querer colocar-se acima dos demais poderes, ignorando que a vinculação à Constituição e à lei abrange também o Poder Judiciário, que não pode exercer funções e tomar decisões que não cabem nas suas competências constitucionais.

Essa é uma crítica comum a quem é contrário ao ativismo judicial. A judicialização da política parece ser uma realidade em um país com um Poder Judiciário forte e demais

poderes que deixam a desejar quando se trata de concretização de políticas públicas. Em um curso aparentemente natural, os cidadãos buscam os tribunais para garantir aquilo que lhes falta.

O que apontam os críticos, com razão, é que o acesso à justiça também é um privilégio de poucos, então a concretização de direitos continua sendo limitada àqueles que têm condições para tanto. Ao fim, o descompasso social termina por aumentar, pois o orçamento público destinado a atender a coletividade acaba comprometido com um grupo de indivíduos.

Sendo o orçamento aprovado por uma lei do Poder Legislativo, carece de legitimidade o ato de um juiz que se proponha alterar essa lei, modificando a afetação das receitas constante da lei do orçamento, ou que cometa ao Executivo o dever de a alterar para poder cumprir a sentença do juiz. Nem o Poder Judiciário nem o Poder Executivo podem usurpar competência reservada do Poder Legislativo.

Para Avelãs não há incumprimento da Constituição quando o Executivo deixa de satisfazer direito social, alegando não dispor de recursos previstos na lei orçamentária para tanto.

Os tribunais não podem alterar os orçamentos aprovados pelo Legislativo, pelo que também não podem capturar verbas do orçamento para cumprimento da decisão do tribunal. Muito menos, os tribunais têm o direito de impor ao Executivo a inscrição nos orçamentos de anos vindouros das verbas afetas à prossecução dos objetivos políticos que eles julgam prioritários. O orçamento traduz opções políticas que só os órgãos políticos do estado podem fazer, estando elas vedadas aos tribunais.

Por fim, o autor entende que aos tribunais não cabe fazer política, substituindo-se aos demais órgãos do estado aos quais cabe essa função. Porque estes são órgãos legitimados pelo sufrágio, respondem politicamente perante os cidadãos eleitores e estão sujeitos ao controle político por parte do povo soberano.

Não caberia ao Poder Judiciário controlar o cumprimento dos programas de governo apresentados pelo Executivo: esta é uma competência do Parlamento. Se o Executivo adota políticas erradas ou insuficientes, ou se não adota quaisquer políticas, o juízo sobre o seu comportamento é um juízo político, que só pode caber ao Parlamento e, em última instância, ao povo soberano (NUNES, 2012).

4.2 Ativismo e direitos sociais: outros casos além da saúde

Na ciência política, a judicialização de políticas públicas tem sido objeto de estudo há alguns anos, como já afirmado. Os autores dos trabalhos envolvendo o poder judiciário tiveram como objetivo, de maneira geral, perceber qual a principal temática levada a juízo na Corte Suprema do país. A dúvida era se os direitos sociais estavam sendo protegidos em sede de controle de constitucionalidade abstrato.

Viana et al (1999), Carvalho (2009) e, mais recentemente, Costa e Benvindo (2014) chegaram a mesma conclusão: os legitimados pela Constituição brasileira a ingressar com as ações de controle de constitucionalidade não tinham, quantitativamente falando, como objetivo principal questionar normas que ferissem direitos sociais dos cidadãos. Em vez disso, eles se preocupam principalmente em defender interesses institucionais.

O controle concentrado é uma via legítima de defesa da Constituição, no entanto tem sido utilizado primordialmente para defender os interesses dos legitimados e, apenas em efeito colateral, tem atingido benefícios maiores. O que confirma seu caráter político.

Já pela via do controle difuso, apesar de desconhecemos estudos que tenham levantado estatística sobre esta via de controle, há números que mostram que algumas instituições diretamente ligadas com a concretização de políticas públicas são algumas das maiores litigantes no país. Exemplo claro é o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS).

O INSS administra não apenas a previdência social, como também o pagamento do benefício de prestação continuada (BPC) que é uma política pública de assistência social. Apenas no ano de 2014, conforme disponibilizado no site do próprio STF, foram autuados naquele tribunal 8.516 (oito mil quinhentos e dezesseis) processos em matéria previdenciária (eles incluem neste montante os processos referentes a BPC também). No Brasil, a autarquia INSS está em segundo lugar, atrás apenas da Caixa Econômica como um dos maiores litigantes públicos no judiciário.

É no judiciário que os cidadãos conseguem relativizar o que está determinado nas normas que regulam a concessão dos mais diversos benefícios. Tome-se como exemplo o entendimento jurisprudencial sobre o determinado pela Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS) com relação ao critério de renda para concessão do BPC. A lei determina que a renda familiar deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) de salário mínimo por membro, apenas.

O STJ, por sua Terceira Seção, já entendeu em Recurso Especial repetitivo (REsp. 1.112.557/MG) que,

a limitação do valor da renda per capita familiar não deve ser considerada a única forma de se comprovar que a pessoa não possui outros meios para prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, pois é apenas um elemento objetivo para se aferir a necessidade, ou seja, presume-se absolutamente a miserabilidade quando comprovada a renda per capita inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

O poder executivo, representado pela autarquia INSS não pode ir além do texto legal e atender, como compreende o STJ, que o critério de renda per capita pode ser deixado de lado, caso a pessoa demonstre por outros meios a necessidade. Eles são obrigados a cumprir o que a lei determina (e suas normas administrativas também). Então, até que vire política pública determinada por lei, o INSS continuará aplicando a norma mesmo que em desconformidade com o entendimento do poder judiciário. E assim ele se mantém entre os maiores litigantes.

Mais uma vez, vê-se a discrepância que essa realidade causa. As pessoas que têm acesso a um defensor público ou a um advogado particular vão conseguir o benefício através do judiciário, mas outras tantas, não. A política pública é generalista, inclui todos que estão naquelas condições determinadas por lei. Enquanto que a concessão por via judicial atende apenas às partes envolvidas.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ressaltando o papel essencial que o Poder Judiciário tem assumido na concretização da Constituição brasileira, diante da violação de direitos e da crise de representatividade do Poder Legislativo, justifica-se a importância que o termo “ativismo judicial” vem tendo no debate da jurisdição constitucional no Brasil.

O termo foi utilizado pela primeira vez nos Estados Unidos, em 1947 por Arthur Schlesinger, numa publicação jornalística. Por ser uma definição pioneira, também foi falha, uma das falhas foi colocar a autocontenção como o oposto de ativismo. Sabe-se hoje que há mais complexidade nos termos do que o que previa inicialmente Schlesinger. Mas desde então, houve diversas tentativas para aprimorar o conceito, especialmente na Ciência Política. E foram milhares de trabalhos sobre o tema.

O Direito também se preocupou em conceituar o ativismo e a autocontenção judicial e tem, cada vez mais, se aproximado da Ciência Política para entender melhor o fenômeno. Os trabalhos mais recentes trouxeram dimensões do ativismo, inclusive utilizando a Corte brasileira como objeto de estudo. As dimensões são importantes, pois já se compreende que uma decisão pode ser ativista de diversas (e complexas) formas.

Avelãs Nunes, professor catedrático jubilado da Faculdade de Direito de Coimbra, critica veementemente a postura ativista em matéria de políticas públicas de saúde do Judiciário brasileiro. Para ele, o juiz não tem competência para legislar ou criar políticas públicas substituindo-se aos demais poderes.

Ele compreende que há uma grande discrepância entre o garantido constitucionalmente e o oferecido de fato aos cidadãos brasileiros, mas ainda assim ele acredita que não cabe ao judiciário querer sobrepor-se aos demais poderes para garantir o que está previsto na constituição.

Quando o juiz dá ao demandante o que ele acredita que precisa, ele estará “desviando” recurso público que atenderia toda uma coletividade para satisfazer apenas um indivíduo. Muitas vezes de forma desproporcional.

Outra crítica que o autor faz é que o Judiciário não tem a expertise necessária para indicar ou prescrever remédios e tratamentos. Alguns chegam a utilizar uma expressão de forte apelo: o poder judiciário é uma farmácia aberta 24h para se conseguir o medicamento que quisermos de forma gratuita.

Como o STF não é apenas uma Corte Constitucional, aquela que se preocupa apenas com as ações de controle de constitucionalidade, mas também uma corte recursal, pela via do Recurso Extraordinário é possível ver, também, a atuação ativista dele de maneira difusa. Além de todos os dias surgirem casos que chamam a atenção pela inovação do juiz no caso concreto.

Exagero ou não, a judicialização da política vem obrigando os poderes executivos e legislativos a se adaptarem. O orçamento público dos entes federados já prevê rubricas específicas para pagamentos de demandas judiciais. Enquanto que o legislativo se utiliza do próprio Judiciário quando quer debater uma temática mais espinhosa que teria um alto custo político.

No entanto, por enquanto, o debate sobre judicialização e ativismo vem tomando corpo e é cada vez mais forte no meio acadêmico. Algumas medidas já têm sido tomadas pelos próprios tribunais superiores, limitando (medidas de autocontenção) o próprio poder dos juízes ao julgar políticas públicas.

Seria possível se falar em pedir “bom senso”, no entanto isto é algo ainda mais subjetivo do que a “prudência do julgador”. As consequências da demanda de judicialização da política vão continuar acontecendo enquanto o projeto de cidadania brasileira não for atingido, se for possível atingir. Mesmo assim, sempre haverá demandantes solicitando algo a que eles acreditam ter direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. **[Syn]thesis**. Rio de Janeiro, vol. 5, n. 1, 2012.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

CARVALHO, Ernani. Judicialização da política no Brasil: controlo de constitucionalidade e racionalidade política. **Anál. Social**, Lisboa, n. 191, abr. 2009. Disponível em <http://www.scielo.gpeari.mctes.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0003-25732009000200004&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 26 jul. 2014.

COSTA, Alexandre Araújo; BENVINDO, Juliano Zaiden. **A Quem Interessa o Controle Concentrado de Constitucionalidade?** O Descompasso entre Teoria e Prática na Defesa dos Direitos Fundamentais (Relatório da pesquisa). Brasília: UNB/CNPQq, 2014. Disponível em: <http://www.fd.unb.br/images/stories/FD/Eventos_e_Noticias/Relatório_Divulgacao_-_Pesquisa_CNPq.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2014.

GREEN, Craig. An Intellectual History of Judicial Activism. **Emory Law Journal**. v. 58, 2009.

KMIEC, Keenan D. **The Origin and Current Meanings of "Judicial Activism"**. Califórnia: California Law Review, 2004.

JUDICIÁRIO tem papel de protagonismo no funcionamento do Estado, diz Lewandowski. **Notícias STF**. Brasília, 21 de nov. 2014. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=280306>>. Acesso em: 25 de mar. 2015.

LIMA, Flávia Santiago. **Jurisdição constitucional e política: ativismo e autocontenção no STF**. Curitiba: Juruá, 2014.

MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. Sentidos da judicialização da política: duas análises. **Lua Nova**. nº 57, 2002.

MARSHALL, William p. Conservatives and the Seven Sins of Judicial Activism. **Colorado Law Review**. v. 73, 2002.

NUNES, António José Avelãs. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais. **Revista Eletrônica do IBPI**. n. 07, 2012.

VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezesete anos de judicialização da política. **Tempo soc.**, São Paulo , v. 19, n. 2, Nov. 2007 .
Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702007000200002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 Jul. 2014.