

CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE FATOS SOCIAIS POR MEIO DA INTERPRETAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL: ANÁLISE DE ALGUNS JULGADOS PROATIVOS DA SUPREMA CORTE BRASILEIRA

José Felício Dutra Júnior¹

RESUMO: O objeto deste artigo é a análise da atuação proativa do Supremo Tribunal Federal – STF, especificamente no que se refere à interpretação de dispositivo constitucional que dilata a norma para alcançar situações não previstas no texto. O problema apresentado trata-se da adoção dessa atuação judicial proativa como medida profilática, ante a omissão legislativa reformadora da Constituição. É realizado um recorte epistemológico em alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Para análise do problema apresentado, utilizou-se o método dialógico, além do estudo de bibliografias.

Palavras-chave: Hermenêutica. Interpretação. Ativismo judicial. Direitos fundamentais.

INTRODUÇÃO

Um dos fenômenos da jurisdição e interpretação constitucional, na conjuntura jurídica da sociedade brasileira, refere-se à possibilidade da função judicial do Poder Público, especificamente o Supremo Tribunal Federal – STF, adotar uma interpretação extensiva do texto constitucional para possibilitar que a norma alcance situações não previstas literalmente no texto da Constituição. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal – STF manifestou-se algumas vezes de forma favorável.²

A atuação do Supremo Tribunal Federal – STF na garantia da efetividade, eficácia e eficiência da Constituição da República Federativa do Brasil, na conjuntura, gera alguns questionamentos no âmbito acadêmico sobre a natureza jurídica deste excepcional Tribunal, a sua função, e a legitimidade para o exercício dela.

Alguns questionamentos secundários, em face do atual papel do STF na sociedade brasileira, repercutem no modelo brasileiro de controle de constitucionalidade, se este se trata de uma jurisdição constitucional, ou uma atividade legislativa negativa exercida por uma Corte de técnicos não eleitos pela sociedade, e até uma atividade legislativa positiva, pois algumas interpretações extensivas permitem que as normas constitucionais alcancem situações não previstas no texto.

¹ Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público – IDP (2014/2016). Especialista em Direito Constitucional Positivo pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal - FESMPDFT (2009/2010). Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Brasília (2003/2008). Professor de Direito Constitucional do UDF. Advogado criminalista licenciado. Assessor jurídico no Superior Tribunal de Justiça - STJ.

² RE 463.210 – AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006; RE 384.201 – AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; e, mais recente, o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

A extensão do Direito para um campo antes ocupado exclusivamente pela política, e a complexidade dos sistemas jurídicos a demandar um órgão especial apto a realizar o reconhecimento das fontes do Direito, podem ser considerados alguns dos fatores que vieram a justificar a importância dos Tribunais Constitucionais no seu papel de promover a justiça constitucional.

Não se deve descartar a necessidade da intervenção judicial do STF, por meio controle de constitucionalidade, para a efetivação de conceitos constitucionais essenciais para a sociedade, no entanto, tratar esta intervenção como único meio de efetividade de políticas públicas, pode excessivamente politizar o referido órgão, na medida em que possibilita um ativismo judicial cada vez maior.

É inegável a expansão do Judiciário e da justiça constitucional, porém, estes fenômenos não podem ofuscar o principal problema da sociedade brasileira, que é a crise de representatividade, ante a omissão do legislativo na resolução de parte das demandas sociais relevantes.

Com o propósito de entender este fenômeno analisar-se-á o caso do reconhecimento da união homoafetiva pelo Supremo Tribunal Federal – STF, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF, em que esta Suprema Corte utiliza-se de método interpretativo que ressalta normas principiológicas do texto para permitir um alcance maior da norma constitucional estrita (art. 226, §3º, CRFB), atingindo situações não previstas no texto.

Partindo-se de estudos bibliográficos de doutrinas contemporâneas e do mencionado julgamento do STF, busca-se formar análises filosóficas, como melhor método para o desenvolvimento deste trabalho, em formato de *paper*, sem a pretensão de esgotar o assunto, mas com o objetivo de possibilitar uma reflexão ao leitor.

1. INTERPRETAÇÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

No estado moderno, de cunho marcadamente social, a doutrina constitucionalista, aponta o fenômeno da expansão do objeto das Constituições, que passa a tratar de temas cada vez mais amplos, estabelecendo, por exemplo, finalidades para a ação estatal – conteúdo programático das Constituições.

Em face disso, surge a tendência contemporânea de elaboração de Constituições de conteúdo extenso (analíticas ou prolixas) e preocupadas com os fins estatais, com o estabelecimento de programas e linhas de direção para o futuro (Constituições dirigentes ou programáticas).

Em uma perspectiva sociológica, Ferdinand Lassalle afirma que a Constituição é a “soma dos fatores reais de poder que regem uma Nação”, dentre eles o econômico, o militar, o político, o ideológico etc., de forma que terá eficácia, ou seja, efetivamente determinará as interações sociais dentro de um Estado, quando for construída em conformidade com tais fatores; do contrário, terá efeito meramente retórico.

Outro sociólogo e jurista alemão que analisa o conceito de Constituição é Konrad Hesse, e suas concepções se contrapõem às de Ferdinand Lassalle, mas não as refuta de forma peremptória.

Ele analisa os conceitos de Lassalle sob outra perspectiva, e os completam, trazendo-os para uma nova realidade, realçando-se o caráter normativo da Constituição.

Segundo Hesse, a realização da Constituição importa na capacidade de operar na vida política, nas circunstâncias da situação histórica e, especialmente, na vontade de Constituição, que procede de três fatores: da consciência da necessidade e do valor específico de uma ordem objetiva e normativa que afaste o arbítrio; da convicção de que esta ordem constituída é mais do que uma ordem legitimada pelos fatos e que necessita estar em constante processo de legitimação; e da consciência de que se trata de uma ordem que não logra ser eficaz sem o concurso da vontade humana, principalmente das pessoas envolvidas no processo constitucional, isto é, de todos os partícipes da vida constitucional.

Hesse³ analisando a autonomia da Constituição, verifica que:

A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. [...]

Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas.

Contra-pondo-se a este entendimento, e utilizando uma análise política, Carl Schmitt afirma que a Constituição é apenas uma “decisão política” sobre a definição do perfil primordial do Estado, que teria por objeto, principalmente, a forma e o regime de governo, a forma de Estado e a matriz ideológica da nação; todas as demais normas constantes do documento constitucional seriam fruto desta primeira decisão política, e seriam consideradas, tão-somente, leis constitucionais.⁴

No sentido normativo kelseano, a Constituição é compreendida em uma perspectiva estritamente formal, consistindo na norma fundamental de um Estado, paradigma de validade de todo ordenamento jurídico e instituidora da estrutura principal do Estado. Então, a Constituição é considerada como norma pura, como puro dever-ser, sem qualquer consideração de cunho sociológico, político, ou filosófico.⁵

Segundo Hans Kelsen, quando o direito é aplicado por um órgão jurídico, este necessita de fixar o sentido das normas que vai aplicar, tem de interpretar estas normas. A interpretação é, portanto, uma operação mental que acompanha o processo da aplicação do direito no seu progredir de um escalão superior para um escalão inferior.

3 HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991. Pgs. 14-15.

4 SCHMITT, Carl. *O guardião da Constituição*. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

5 KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

Kelsen⁶ afirma que:

[...] existem duas espécies de interpretação que devem ser distinguidas claramente uma da outra: a interpretação do Direito pelo órgão que o aplica, e a interpretação do Direito que não é realizada por um órgão jurídico mas por uma pessoa privada e, especialmente, pela ciência jurídica.

Para o autor o resultado de uma interpretação jurídica somente pode ser a fixação da moldura que representa o direito a interpretar e, conseqüentemente, o conhecimento das várias possibilidades que dentro desta moldura existem.

A interpretação jurídica realizada pelos órgãos aplicadores do direito, devemos dizer, na aplicação do direito por um órgão jurídico, a interpretação cognoscitiva (obtida por uma operação de conhecimento) do direito a aplicar combina-se com um ato de vontade em que o órgão aplicador do direito efetua uma escolha entre as possibilidades reveladas através daquela mesma interpretação cognoscitiva.

A interpretação jurídico-científica tem de evitar, com o máximo cuidado, a ficção de que uma norma jurídica apenas permite, sempre e em todos os casos, uma só interpretação: a interpretação “correta”.

Kelsen defende que isto é uma ficção de que se serve a jurisprudência tradicional para consolidar o ideal da segurança jurídica. Em vista da plurissignificação da maioria das normas jurídicas, este ideal somente é realizável aproximativamente.

Contemporaneamente, cada vez mais é reconhecida a imprescindibilidade da interpretação jurídica, especialmente em termos de leis constitucionais. Conforme nos ensina o constitucionalista Canotilho⁷, “toda norma é significativa, mas o significado não constitui um dado prévio; é, sim, resultado de tarefa interpretativa”.

Hans-Georg Gadamer, em “Verdade e Método”, desenvolveu uma hermenêutica filosófica que não se preocupa com o estabelecimento de um método, como propunha Kelsen, uma vez que, “não se destina a resolver problemas hermenêuticos práticos, mas sim, a construir uma teoria acerca de questões preliminares ligadas ao fenômeno da compreensão”⁸. Para ele, a compreensão é como o modo de existência do próprio indivíduo em suas mais variadas possibilidades, ou seja, caracteriza-se como uma ontologia fundamental.

Ele não adota uma vertente metodológica da hermenêutica, preocupando-se com o próprio processo de compreensão de um ponto de vista filosófico.

Dessa forma, Gadamer defende que a consciência do homem ultrapassa a mera “regra” do antigo cânone hermenêutico, oriundo da retórica, para o qual se deveria compreender o todo em relação às partes e vice-versa. Devem ser agregados elementos da autoridade e da tradição, fontes da pré-compreensão.⁹

Conforme analisa Ernildo Stein¹⁰:

6 KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução João Baptista Machado. 6ª ed. – São Paulo: Martins Fontes, 1998. P. 246.

7 CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional**. 7ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almeida. 2004. Pg. 108.

8 CAMPOS, Luiza Ferreira. **Um olhar sobre a Hermenêutica Filosófica: pela necessidade de interpretar o pós-positivismo a partir de suas raízes**. In: Congresso Nacional de Pesquisadores em Direito, 17, 2008, Brasília. **Anais**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 5615.

9 GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. ISBN 97-0842.

10 STEIN, Ernildo. **A consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>> Acesso em: 01 de setembro de 2014.

Gadamer nos deu, com sua hermenêutica filosófica, uma lição nova e definitiva: uma coisa é estabelecer uma práxis de interpretação opaca como princípio, e outra coisa bem diferente é inserir a interpretação num contexto - ou de caráter existencial, ou com as características do acontecer da tradição na história do ser - em que interpretar permite ser compreendido progressivamente como uma autocompreensão de quem interpreta. E, de outro lado, a hermenêutica filosófica nos ensina que o ser não pode ser compreendido em sua totalidade, não podendo assim, haver uma pretensão de totalidade da interpretação.

Necessário, pois, abandonar a idéia, tradicionalmente aceita, de que a interpretação é um ato praticado sem qualquer subjetividade por parte daquele que realiza tal operação. Esse (suposto) ideal (jamais alcançado) encontra-se inutilizado, admitindo-se, amplamente, a presença de grande margem de vontade na interpretação.

A interpretação é essencialmente uma atividade prática, voltada à solução de situações concretas (ainda que hipoteticamente construídas).

Mesmo quando a própria ciência jurídica contempla os métodos admissíveis para sua interpretação, essas normas serão instrumentais, vele dizer, normas sobre as demais normas.

Deve-se assinalar que, em matéria de interpretação jurídica, inexistente a valência verdadeiro/falso, pertencente às ciências exatas. O Direito é uma ciência convencional e, assim, admite a mutação de sua própria interpretação, sem que a anterior pudesse ser considerada verdadeira e, doravante, passasse a ser falsa, como será verificado na análise sobre a mutação constitucional.

A necessidade de uma hermenêutica constitucional torna-se mais nítida pela formação da denominada jurisdição constitucional, determinada a aplicar, ou efetivar, a Constituição como norma suprema. O controle abstrato-concentrado é, pois, um dos maiores indicadores de que a hermenêutica jurídico-constitucional merece destaque.

Como verificou o doutrinador Francesco Ferrara¹¹, a interpretação literal é o primeiro estágio da interpretação. Efetivamente, o texto da lei forma o substrato de que deve partir e em que deve repousar o intérprete. Uma vez que a lei está expressa em palavras, o intérprete há de começar por extrair o significado verbal que delas resulta, segundo a sua natural conexão e as regras gramaticais.

Todo vocábulo jurídico é possuidor de um significado lingüístico próprio e específico - caso contrario não estaria apto a alcançar um mínimo necessário para a comunicação, que é a sua própria razão de ser. Este deve ser extraído numa operação preliminar, pelo intérprete do Direito.

A dificuldade surge quando determinadas normas constitucionais alcançam um teor elevado de abstracionismo, até porque a Constituição tem, além do caráter jurídico, o político e axiológico.

Como verifica Celso Basto¹², “a norma constitucional, muito freqüentemente, apresenta-se como uma petição de princípios ou mesmo como uma norma programática sem conteúdo preciso ou delimitado.”

11 FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Porto Alegre: Editor Sergio A Fabris, 1997. Pg. 139

12 BASTOS, Celso Ribeiro. *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. 1999. pg. 54.

Como decorrência da reconhecida “abertura e amplitude da Constituição” surgem dificuldades interpretativas quantitativa e qualitativamente superiores àquelas constatadas nos demais segmentos jurídicos, como analisa o constitucionalista André Ramos Tavares.¹³

O intérprete não poderá laborar contra a norma constitucional, apesar da norma em aberto ser complementada pela atuação do interprete, que, nessa medida, aproveitara a força normativa do Direito.

Ante a incompletude lingüística da Constituição, permite-se a evolução do Direito Constitucional por meio da interpretação, a chamada mutação informal da compreensão da Constituição.

Celso Basto destaca, em sua obra, que “surge a possibilidade da chamada ‘atualização’ da norma constitucionais. Aqui a interpretação cumpre uma função muito além da de mero pressuposto de aplicação de um texto jurídico, para transforma-se em elemento de constante renovação da ordem jurídica”.

J. J. Canotilho¹⁴, citando o constitucionalista alemão B. O. BRYDE, analisa o problema da tentativa de adequação da Constituição às normas infraconstitucionais. O referido doutrinador afirma que:

Perspectiva diferente se deve adoptar quanto às tentativas de legitimação de uma interpretação constitucional criadora que, com base na força normativa dos factos, pretenda constitucionalizar uma alteração constitucional em inequívoca contradição com a constituição escripta. Algumas concepções que defendem a idéia de constituição como concentrado de princípios, concretizados e desenvolvidos na legislação infraconstitucional, apontam para a necessidade da interpretação da constituição de acordo com as leis, a fim de encontrar um mecanismo constitucional capaz de salvar a constituição em face da pressão sobre ela exercida pelas complexas e incessantemente mutáveis questões económicas-sociais. Esta leitura da constituição de baixo para cima, justificadora de uma nova compreensão da constituição a partir da leis infraconstitucionais, pode conduzir à derrocada interna da constituição por obra do legislador e de outros órgãos concretizadores, e à formação de uma constituição legal paralela, pretensamente mais próxima dos momentos metajurídicos (sociológicos e políticos). Reconhece-se, porém, que entre uma mutação constitucional obtida por via interpretativa de desenvolvimento do direito constitucional e uma mutação constitucional inconstitucional há, por vezes, diferenças quase imperceptíveis, sobretudo quando se tiver em conta o primado do legislador para a evolução constitucional (B. O. Bryde: Verfassungsentwicklungsprimat) e a impossibilidade de, através de qualquer teoria, captar as tensões entre a constituição e a realidade constitucional.

Verifica-se que o sistema jurídico constitucional enfrenta um paradoxo, isto é, a formação de um estatuto (constituição) que traz normas fixas, ou estruturais, e a conjuntura sócio-política que, além de influenciar este sistema jurídico, fornece os recursos de efetividade do Direito Constitucional. Em face disso, o Estado não pode atribuir um carácter absolutista à

13 TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007. Pg. 82/83.

14 CANOTILHO GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional**. 7ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almeida. 2004. Pgs. 1230.

Constituição, a ponto de engessar a política social, econômica, educacional e etc., mas também não pode permitir uma interpretação inconstitucional da Constituição, por suposta mutação.

Desta forma, a interpretação da constituição de acordo com as leis não aponta apenas para o passado. Ela objetiva a verificação das hipóteses de alteração do sentido da Constituição mais ou menos em conformidade com as leis ordinárias. Estas leis, que começaram por ser concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua interação com a realidade e com os problemas concretos, por se transformar em indicativos das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou.

Portanto, a mutação constitucional ocorre como uma forma de adequar a Constituição à realidade ou conjuntura social, e à evolução do pensamento, dos valores do corpo social. Referido fenômeno pode findar por alterar o conteúdo de uma norma constitucional, sem imprimir qualquer modificação à letra da mesma, e pode também não refletir a evolução do pensamento de toda a sociedade, mas apenas de um setor da mesma, ou de um grupo.

Verifica-se a frágil, porém essencial, relação entre sociedade e Constituição, na qual a sociedade apresenta uma evolução contínua e dinâmica do seu modo de pensar, dos seus valores etc., e que, por outro lado, as constituições devem acompanhar essa evolução sob pena de perda da sua eficácia, podendo ser utilizados mecanismos formais – emenda constitucional ou revisão constitucional – e informais – mutação constitucional – de alteração do Estatuto.

J. J. Gomes Canotilho¹⁵ sobre o tema transição constitucional ou mutação constitucional, assim se posiciona:

Considerar-se-á como transição constitucional ou mutação constitucional a revisão informal do compromisso político formalmente plasmado na constituição sem alteração do texto constitucional. Em termos incisivos: muda o sentido sem mudar o texto.

A mutação constitucional, como meio de interpretação das normas constitucionais, conforme defende André Ramos Tavares¹⁶, permite que se promova a evolução material da Constituição.

André Tavares, citando Gustavo Zagrebelsky, ainda defende que a interpretação evolutiva é “a operação destinada a reconstruir o direito dinamicamente, na medida das exigências cambiantes que a realidade social manifesta”.

Neste sentido, verifica-se que a interpretação evolutiva mostra-se extremamente adequada às constituições formalistas, com a Constituição brasileira, pois, elas contemplam finalidades distintas. Ressalta-se que preferência, por uma ou outra finalidade, não se encontra na Constituição, mas numa escolha que pertence à conjuntura social.

2. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E ATIVISMO JUDICIAL

A jurisdição constitucional ganha destaque a partir da noção de Estado Democrático de Direito, pois se verifica a necessidade de criação de um órgão estatal (Tribunal Constitucional)

¹⁵ CANOTILHO GOMES, José Joaquim. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Editora Almediana. 2003, p. 1228.

¹⁶ TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. Op. cit. Pg. 86.

e independente do órgão encarregado da produção normativa (Legislativo), ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do paradigma da supremacia constitucional, isto é, separação e determinação das funções do Poder Público.

Como destaca José Adércio Leite Sampaio¹⁷, o confronto destas normas hierarquizadas não parecia problemático, até porque o juízo de compatibilidade ou bem se daria por exercícios semânticos de sinontônias ou bem dependeria de simples comparação do particular ao geral, portanto, os parâmetros de constitucionalidade se reuniam em poucos enunciados expressos e nada mais. No entanto, o trabalho judicial de fiscalização terminou por achar “fantasmas” que se escondiam por trás do texto e que passaram a exigir igual respeito legislativo. “Fantasmas” que logo se converteriam em “princípios” e muitos ganhariam a visibilidade de um corpo positivado. A invasão dos princípios marcou o horizonte de mudanças do Direito que se abria à moral, política, filosofia, sociologia, e a tudo que antes formava o extra-jurídico.

A noção de um Tribunal Constitucional como defensor da Constituição é, contemporaneamente, vista como uma exigência democrática. Como defende García de Enterría¹⁸, “uma Constituição sem um Tribunal Constitucional é uma Constituição ferida de morte, pois, é no Tribunal Constitucional que a Constituição, supostamente, deposita suas possibilidades e seu futuro”.

A extensão do Direito para um campo antes ocupado exclusivamente pela política e a complexidade dos sistemas jurídicos a demandar um órgão especial apto a realizar o reconhecimento das fontes do Direito são considerados os outros fatores que vieram a justificar a importância dos Tribunais Constitucionais no seu papel de promover a justiça constitucional.

Verifica-se que a necessidade de uma permanente adequação dialética entre o programa político-social e a esfera normativa pode justificar a aceitação de transições constitucionais que, mesmo traduzindo a mudança de sentido de algumas normas provocado pelo impacto da evolução da realidade constitucional, não contrariam os princípios estruturais – políticos e jurídicos – da Constituição.

Nesta perspectiva, entende-se o ativismo judicial, pois este fenômeno “está associado 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”, conforme verifica Luís Roberto Barroso¹⁹, em sua obra “O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro”.

Barroso afirma que²⁰:

[...] o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de

17 SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003. Pg. 203.

18 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional**. Madrid: Civitas, 2001. Pags. 121, 186.

19 BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4ª edição, rev. e atual. São Paulo – SP: Saraiva. 2009. Pag. 335.

20 BARROSO, Luis Roberto. **Op. Cit.** Pag. 335.

um certo deslocamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva.

Barroso²¹ ainda verifica três situações em que ocorrem o ativismo jurídico:

[...] 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.

Kildare Gonçalves Carvalho²² verifica em sua obra que, na conjuntura, o “princípio da supremacia do legislador” tem sido abrandado em decorrência da expansão das funções da jurisdição constitucional, quer no sistema difuso, quer no sistema concentrado de controle, além da crise da representatividade democrática. Defende o doutrinado que essas vicissitudes acabam por concorrer para que a impossibilidade de acesso de grupos minoritários ao poder político seja ultrapassada pela dinâmica e criatividade das Cortes Constitucionais, no exercício da jurisdição constitucional, independentemente dos “caprichos momentâneos” da maioria parlamentar.

John Hart Ely, para analisar a atuação interpretativa da Suprema Corte americana, principalmente naquilo que pertence ao ativismo judicial, em sua obra “Democracia e Desconfiança, uma teoria do controle judicial de constitucionalidade”, categoriza as correntes doutrinárias em “interpretacionistas” e “não-interpretacionistas”. Ele afirma que²³:

Hoje em dia, tendemos a chamar os lados em disputa de “interpretacionismo” e “não interpretacionismo” – o primeiro afirma que os juízes que decidem as questões constitucionais devem limitar-se a fazer cumprir as normas explícitas ou claramente implícitas na Constituição escrita, e o segundo adota a opinião contrária, a de que os tribunais devem ir além desse conjunto de referências e fazer cumprir normas que não se encontram claramente indicadas na linguagem do documento.

Ainda afirma que²⁴:

É claro que os tribunais criam o direito o tempo todo, e ao fazê-lo podem ter a intenção de inspirar-se nas fontes habituais dos adeptos do não interpretacionismo – os ‘princípios fundamentais’ da sociedade ou qualquer

21 BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 335.

22 CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional**. 15 ed., rev. atual. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. Pag. 1328.

23 ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 3.

24 ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 8.

outra coisa – ; mas fora do âmbito da jurisdição constitucional, eles se limitam a preencher as lacunas que o Poder Legislativo deixou nas leis que aprovou ou, então, a tomar conta de uma área que o Poder Legislativo, de caso pensado, entregou ao Judiciário para que a desenvolvesse. Há, evidentemente, uma diferença crítica; em contextos não constitucionais, as decisões judiciais estão sujeitas à anulação ou à alteração pela lei ordinária.

John Hart defende, em sua obra, que o controle judicial de constitucionalidade deve ocupar-se basicamente de eliminar as obstruções ao processo democrático, isto é, deve viabilizar um processo de discussão das questões relevantes para a sociedade.

O autor cita em sua obra vários exemplos de atuação proativa da Suprema Corte americana.

Verifica-se que a mencionada “dinâmica” e “criatividade” das Cortes Constitucionais no exercício da jurisdição constitucional possibilita o ativismo judicial destas.

No caso brasileiro, não são poucos os exemplos de ativismo jurídico nas atuações do Supremo Tribunal Federal – STF.²⁵

O STF, ao julgar o Recurso Extraordinário 464143/SP²⁶, verificou a possibilidade da função judicial do Poder Público determinar a implementação de políticas públicas pelo Estado, quando este inadimplente de políticas constitucionalmente previstas. A decisão do STF restou assim emendada:

DIREITO CONSTITUCIONAL E DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. GARANTIA ESTATAL DE VAGA EM CRECHE. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL. AUSÊNCIA DE INGERÊNCIA NO PODER DISCRICIONÁRIO DO PODER EXECUTIVO. PRECEDENTES. 1. A educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares. 2. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo. 3. Agravo regimental improvido.

Decisão

A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. 2ª Turma, 15.12.2009.

No caso em análise ambas as turmas do STF consolidaram entendimento em torno da matéria para reconhecer que a educação infantil é prerrogativa constitucional indisponível, devendo o Estado criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a creches e unidades pré-escolares.

²⁵ RE 463.210 – AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006; RE 384.201 – AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007; e, mais recente, o RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

²⁶ AgR no RE Nº 464143/SÃO PAULO – SP. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe-030, Divulg. 18-02-2010. Pub. 19-02-2010, Ement. vol-02390-03 pg. 556.

O ponto contraditório ao entendimento acima expresso consiste no argumento, segundo o qual as decisões judiciais que determinam a matrícula de crianças em creches, para adequar o Estatuto da Criança e do Adolescente à realidade fática, configuram indevidas ingerências do Poder Judiciário no poder discricionário do Executivo, violando o disposto no art. 2º da Constituição Federal, que estabelece a independência e harmonia das funções do Poder Público, pois a imposição de obrigação de fazer implica ampliação da rede de ensino, contratação de funcionários especializados e demais atos administrativos de exclusiva discricionariedade estatal, além de interferência no orçamento do Erário Público, que necessita de dotação específica para a implementação dos meios necessários à concretização da medida determinada pelo judiciário.

No julgamento do Recurso Extraordinário nº 271.286 AgR/RS, Relator Ministro Celso de Mello, os ministros do STF entenderam que “o Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional”.

A decisão do STF²⁷ restou ementada da seguinte forma:

E M E N T A: PACIENTE COM HIV/AIDS - PESSOA DESTITUÍDA DE RECURSOS FINANCEIROS - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS - DEVER CONSTITUCIONAL DO PODER PÚBLICO (CF, ARTS. 5º, CAPUT, E 196) - PRECEDENTES (STF) - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQÜÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA. - O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular - e implementar - políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar. - O direito à saúde - além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas - representa conseqüência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional. A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ- LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQÜENTE. - O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política - que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro - não pode converter-se

²⁷ STF. Segunda Turma, RE 271.286 AgR/RS. Relator Min. CELSO DE MELLO. Julgamento em 12/09/2000. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=RE-AgR.SCLA.%20E%20271286.NUM.E&base=baseAcordaos>>. Acesso em 28 jun. 2011.

em promessa constitucional incoseqüente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado. DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES. - O reconhecimento judicial da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, caput, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.

Verifica-se que o rol de direitos mínimos, por ser um conceito eminentemente subjetivo, variará com o tempo e as circunstâncias. Os direitos mínimos para o cidadão da Suécia, por exemplo, é bem diferente do cidadão do terceiro mundo. As prioridades brasileiras são muito mais básicas. Essa variação conceitual dependerá principalmente da arrecadação de recursos para provimento das necessidades e da força das classes menos favorecidas na defesa de seus interesses dentro da arena política, devendo se impor desde a elaboração da proposta até a fase final do controle dos gastos.

É óbvio que, se não houver um infraestrutura de tecnologias e recursos financeiros, ficará mais difícil à função judicial do Poder Público obrigar o Executivo a implementar políticas sociais. Nesse caso, o descumprimento resultará de uma total impossibilidade material, impedindo que se censure o administrador. Em uma situação extrema como esta, resta ao governante elaborar plano de ação alternativo para contornar o problema, como diminuição em gastos de capital ou aumento de impostos, por exemplo, para cobrir esse déficit na área social, que deve ser prioritária, o que de certa forma acaba o Judiciário afetando a governabilidade do Estado.

A formação de um estatuto (Constituição) que traz normas fixas, ou estruturais, pode ser um paradoxo à conjuntura sócia-política que, além de influenciar este sistema jurídico, fornece os recursos de efetividade do Direito Constitucional. Então, o Estado não pode atribuir um caráter absolutista à Constituição, a ponto de engessar a política social, econômica, educacional e etc., nem pode permitir uma interpretação inconstitucional da Constituição, criando uma espécie de Tribunal Constitucional, responsável pela soberania da interpretação constitucional, e que suas decisões são vinculativas, além de ser capaz de formar súmulas, ou enunciados normativos, que também vinculam, porque isso pode gerar uma Corte de Técnicos com ultra-poderes que tomará as principais decisões do país.

Destaca-se que a capacidade interpretativa é tão poderosa quanto a capacidade legiferante, e às vezes chega a ser mais poderosa, haja vista alguns institutos do Direito brasileiro como a Súmula Vinculante, que tornam fixos entendimentos/interpretações constitucionais.

3. INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A CONSTITUCIONALIZAÇÃO DE FATOS SOCIAIS POR MEIO DA JURISDIÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF

Para exemplificar o potencial proativo do Supremo Tribunal Federal – STF no exercício de sua jurisdição, destaca-se um caso de aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação da função legislativa do Poder Público, qual seja, o caso da fidelidade partidária.

O Supremo Tribunal Federal – STF decidiu no julgamento do Mandado de Segurança nº 26.602 (relator Ministro Eros Grau) e Mandado de Segurança nº 26.603 (relator Ministro Celso de Mello), que o exercício de mandato eletivo não é direito pessoal do candidato e está vinculado à lealdade à agremiação.²⁸

Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3999/DF, que tem por objeto a análise de constitucionalidade das Resoluções nº 22.610/2007 e nº 22.733/2008 do Tribunal Superior Eleitoral – TSE, que disciplinam a perda do cargo eletivo e o processo de justificação da desfiliação partidária, o Supremo Tribunal Federal – STF, reafirmando que o mandato eletivo não pertence ao candidato, mas sim ao partido, ainda sustenta que “as resoluções impugnadas surgem em contexto excepcional e transitório, tão-somente como mecanismos para salvaguardar a observância da fidelidade partidária enquanto o Poder Legislativo, órgão legitimado para resolver as tensões típicas da matéria, não se pronunciar”.²⁹

Vislumbra-se ativismo judicial nestas decisões, pois o STF, antecipando-se ao Legislativo, criou uma nova hipótese de perda do mandato eletivo parlamentar, além das que se encontram expressamente no texto constitucional, em nome do “princípio democrático da fidelidade partidária”.

Cita-se ainda um caso em que o Supremo Tribunal Federal – STF, utilizando uma interpretação extensiva do texto constitucional, dilata a norma prevista no §3º do art. 226 da Constituição da República para constitucionalizar a união homoafetiva, já que a redação do texto constitucional literalmente prevê apenas a proteção da união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, isto é, o texto apenas tutela a união heteroafetiva.

Ante a omissão do legislativo no exercício de reforma constitucional para sanar as demandas advindas das várias uniões homoafetivas existentes no país, a Suprema Corte brasileira ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo. As ações foram ajuizadas na Corte, respectivamente, pela Procuradoria-Geral da República e pelo governador do Rio de Janeiro, Sérgio Cabral.³⁰

A interpretação das leis conforme a Constituição, não aponta apenas para o passado. Objetiva a verificação das hipóteses de alteração do sentido da Constituição mais ou menos em conformidade com as Leis Ordinárias que começaram por ser concretizações das normas constitucionais, acabariam, em virtude da sua interação com a realidade e com os problemas

²⁸ MS 27938/DF. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 11/03/2010. Pub. DJe-076 divul. 29/04/2010, publ. 30/04/2010. Pag. 883.

²⁹ ADI 3999/DF. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/11/2008. Publicação DJe-071 divul. 16/04/2009 publ. 17/04/2009. Pag. 99.

³⁰ STF. ADI 4277/DF. Relator Min. AYRES BRITTO. DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011

concretos, por se transformar em indicativos das alterações de sentido e em operadores de concretização das normas constitucionais cujo sentido se alterou.

Cabe ressaltar que o controle de constitucionalidade no Brasil tem por órgão central não apenas um Tribunal Constitucional nos moldes dos tribunais da Europa Continental, mas também um Tribunal, ou órgão, com “super-poder” político de controle de constitucionalidade, verdadeiro órgão de poder constituinte permanente, pois este órgão além de compor o ápice da função judicial do Poder Público, revendo julgados em controle difuso ou jurisdicional de constitucionalidade, podendo criar súmulas vinculantes – instrumento de intervenção da função judiciária nas funções legislativa e executiva – ante as reiteradas decisões neste controle, também atua politicamente na análise abstrata das normas jurídicas, via ação direta.

Ressalta-se que em certos momentos as decisões desse órgão geram maiores repercussões na sociedade do que o próprio texto constitucional, pois interpretar normas não é apenas uma técnica de controle de constitucionalidade, mas também exercício de um Poder. Como se verificou, este exercício tem revelado o ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal – STF.

Luís Roberto Barroso defende que³¹:

Ao se lançar o olhar para trás, pode-se constatar que a tendência não é nova e é crescente. Nos últimos anos, o STF pronunciou-se ou iniciou a discussão em temas como: (i) políticas governamentais, envolvendo a constitucionalidade de aspectos centrais da Reforma da Previdência (contribuição de inativos) e da Reforma do Judiciário (criação do Conselho Nacional de Justiça); (ii) relações entre Poderes, com a determinação dos limites legítimos de atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito (como quebras de sigilo e decretação de prisão) e do papel do Ministério Público na investigação criminal; (iii) direitos fundamentais, incluindo limites à liberdade de expressão no caso de racismo (Caso Elwanger) e a possibilidade de progressão de regime para os condenados pela prática de crimes hediondos. Deve-se mencionar, ainda, a importante virada da jurisprudência no tocante ao mandado de injunção, em caso no qual se determinou a aplicação do regime jurídico das greves no setor privado àqueles que ocorram no serviço público.

O controle de constitucionalidade, dentro do contexto mais amplo da jurisdição constitucional, enfrenta o paradigma da tutela dos direitos fundamentais ou a estabilidade do governo – governabilidade – pois, o excesso formalístico, teórico e prático, a que foi remetido o Direito Constitucional, conseqüência do positivismo científico jurídico, levou-o a ser um compartimento num espaço artificialmente construído (universo dos valores) e isolado da própria realidade, tida como “ser”, sobre o qual esse mesmo sistema normativo, enquanto “dever ser”, deveria incidir e exercer sua regulação social. Neste contexto, a maior questão não se trata de identificar o correto significado da norma, muito menos a codificação e hierarquia delas; mas, chegar a uma conclusão sobre a mais razoável, para que o texto constitucional tenha efetividade, e tanto a Corte Constitucional, quanto as funções do Poder Público desempenham atividades importantes para esta resolução.

31 BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 334.

A jurisdição constitucional quando bem exercida é um instrumento de efetividade da democracia.

Contudo, a importância da Constituição, e do Supremo Tribunal Federal como seu interprete, não pode suprimir, por óbvio, a política, o governo, nem o papel do Legislativo, pois cabe à Lei, votada por esta função do Poder Público e sancionada pelo Executivo, fazer as escolhas entre as diferentes perspectivas que caracterizam as sociedades pluralistas. Em face disso, o STF deve ser deferente para com as deliberações do Congresso Nacional. Com exceção do que seja essencial para preservar a democracia e os direitos fundamentais, em relação a tudo mais os protagonistas da vida política devem ser os que têm votos. Juízes e tribunais devem apenas atuar, legitimamente, quando sejam capazes de fundamentar racionalmente suas decisões, com base na Constituição.³²

Como argumenta John Hart Ely³³:

A elaboração de uma teoria do controle de constitucionalidade que saliente a importância da representação pode se dar de várias maneiras [...] Mas, como quer que seja elaborada, a teoria geral restringe o controle de constitucionalidade (sob os dispositivos de interpretação aberta da Constituição) na medida em que insiste que esse controle só pode tratar de questões de participação, e não dos méritos substantivos das decisões políticas impugnadas.

José Augusto Delgado³⁴ afirma, em sua obra, que o ativismo judicial como “uma postura a ser adotada pelo magistrado que o leve ao reconhecimento da sua atividade como elemento fundamental para o eficaz e efetivo exercício da atividade jurisdicional”. Sob esta perspectiva vislumbra-se que o ativismo judicial é uma postura que, ao ser adotada pelos órgãos da função judicial do Poder Público, fazem recusar outra postura diametralmente oposta, qual seja, a “auto-restrição” judicial ou “moderação judicial”.

Ronald Dworkin³⁵ analisa esta atividade do Judiciário, sob a seguinte perspectiva:

[...] o programa da moderação judicial afirma que os tribunais deveriam permitir a manutenção das decisões dos outros setores do governo, mesmo quando elas ofendam a própria percepção que os juízes têm dos princípios exigidos pelas doutrinas constitucionais amplas, excetuando-se, contudo, os casos nos quais essas decisões sejam tão ofensivas à moralidade política a ponto de violar as estipulações de qualquer interpretação plausível, ou, talvez, nos casos em que uma decisão contrária for exigida por um precedente inequívoco.

Vislumbra-se que “ativismo judicial” é um exercício pró-ativo dos órgãos da função judicial do Poder Público, não apenas de fazer cumprir a lei em seu significado exclusivamente

³² BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 340.

³³ ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade**. Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010. P. 243.

³⁴ DELGADO, José Augusto. **Ativismo Judicial: o papel político do poder judiciário na sociedade contemporânea**. In: Processo Civil Novas Tendências: homenagem ao Professor Humberto Theodoro Jr. Pag. 319.

³⁵ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Pag. 215.

formal, mas é uma atividade perspicaz na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como a dignidade da pessoa humana, igualdade, liberdade, dentre outros. Em face disso, a função judicial acaba exercendo a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, atribuindo significado aos mesmos, concretizando-os, e até dando um alcance maior ao texto constitucional, bem como julgando os atos das outras funções do Poder Público que interpretam estes mesmos princípios.

Sob esta ótica, defende Dworkin³⁶ que:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim, por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso [...]

Não é demais acrescentar aos exemplos já citados, o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 45/DF, no qual o Ministro Relator Celso de Mello, ao julgar prejudicada a referida ADPF por perda superveniente do objeto, em decisão monocrática, que tinha por mérito a verificação da constitucionalidade do veto presidencial do §2º do art. 55 da Lei nº 10.707/2003, analisa também que a ADPF, em seu sentido mais amplo, é um instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

O Ministro ainda afirma que essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal – STF evidencia a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode renunciar ao encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais.

Após verificar a perda do objeto da mencionada ADPF nº 45/DF, pois havia sido editada Lei, em que reproduz, essencialmente, em seu conteúdo, o preceito constante do § 2º do art. 59 da Lei nº 10.707/2003 (LDO), que veio a ser vetado pelo Presidente da República, o Ministro CELSO DE MELLO³⁷ afirma:

[...] Não obstante a superveniência desse fato juridicamente relevante, capaz de fazer instaurar situação de prejudicialidade da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, não posso deixar de reconhecer que a ação constitucional em referência, considerado o contexto em exame, qualifica-se como instrumento idôneo e apto a viabilizar a concretização de políticas públicas, quando, previstas no texto da Carta Política, tal como sucede no caso (EC 29/2000), venham a ser descumpridas, total ou parcialmente, pelas instâncias governamentais destinatárias do comando inscrito na própria Constituição da República.

³⁶ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. *Op. Cit.* Pag. 215

³⁷ ADPF 45 MC/DF. STF. Relator Ministro CELSO DE MELLO. Julgamento em 29/04/2004. Publ. DJ 04/05/2004, Pag. 12.

Essa eminente atribuição conferida ao Supremo Tribunal Federal põe em evidência, de modo particularmente expressivo, a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) –, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional [...]

- A omissão do Estado - que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional - qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.” (RTJ 185/794-796, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, “Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976”, p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo.

Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático [...]

Ronald Dworkin³⁸, contudo, adverte, em sua obra “O império do Direito”, que:

O ativismo é uma forma virulenta de pragmatismo jurídico. Um juiz ativista ignoraria o texto da Constituição, a história de sua promulgação, as decisões anteriores da Suprema Corte que buscaram interpretá-la e as duradouras tradições de nossa cultura política. O ativista ignoraria tudo isso para impor a outros poderes do Estado seu próprio ponto de vista sobre o que a justiça exige. O direito como integridade condena o ativismo e qualquer prática de jurisdição constitucional que lhe esteja próxima.

Uma das críticas ao ativismo judicial que se deve destacar também, é a feita por Ingeborg Maus³⁹:

Quando a justiça ascende ela própria à condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social –

38 DWORKIN, Ronald. **O império do Direito**. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins fontes, 1999. Pag. 451-452.

39 MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, n.º. 58, Novembro de 2000. Pag. 186-187.

controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática. No domínio de uma Justiça que contrapõe um direito “superior”, dotado de atributos morais, ao simples direito dos outros poderes do Estado e da sociedade, é notória a regressão a valores pré-democráticos de parâmetros de integração social.

Luís Roberto Barroso⁴⁰ afirma que o ativismo judicial é um “antibiótico” poderoso, cujo uso deve ser eventual e controlado. O professor ainda afirma que a expansão do Judiciário não deve desviar a atenção da real disfunção que aflige a democracia brasileira, ou seja, a crise de representatividade, legitimidade e funcionalidade do Poder Legislativo. O professor destaca que a solução é a reforma política, e esta não pode ser empreendida por juízes.

CONCLUSÃO

Atualmente o fenômeno do ativismo judicial adquiriu uma notável popularidade, ultrapassando as esferas acadêmicas para converter-se em expressão de uso comum⁴¹. Na sociedade brasileira, este tema passou a ser analisado por cientistas sociais, juristas e políticos, orientando estudos de caráter empírico⁴², e análises das decisões do Supremo Tribunal Federal – STF⁴³.

Verifica-se a participação da função judicial do Poder Público no processo de tomada de decisões políticas nas democracias contemporâneas, decorrente do aumento de seu poder de fiscalização sobre as decisões do legislativo e do executivo, além do potencial da capacidade interpretativa.

A constitucionalização de fatos sociais, por meio da jurisdição do Supremo Tribunal Federal – STF, surge devido ao processo de regulação crescente da vida social pelo direito, o que leva à ampliação da esfera de atuação do Judiciário para garantir a observância das normas estatais em áreas que, no Estado Liberal, eram deixadas à “auto-regulação”, tais como as relações de trabalho, o direito contratual e as atividades econômicas. Além disso, o Estado Social também se caracteriza pela expansão dos poderes do executivo, o que diminui a possibilidade de controle de seus atos pelo legislativo e reclama a intervenção do judiciário para reequilibrar o exercício das funções do Estado, protegendo os direitos violados por decisões da maioria⁴⁴.

A influencia das decisões judiciais da Suprema Corte brasileira no sistema político é que norteia o rumo, e intensidade, das ações do executivo e do legislativo, e determina também em que medida a política é judicializada.

40 BARROSO, Luis Roberto. *Op. Cit.* Pag. 346.

41 MACIEL, Débora Alves; KOERNER, Andrei. **Sentidos da Judicialização da Política: Duas Análises.** In: *Lua Nova*, nº 57, 2002.

42 ARANTES, Rogério Bastos. **Judiciário e política no Brasil.** São Paulo: Idesp, 1997; VIANNA, Luiz Werneck (Org.). **A Democracia e os Três Poderes no Brasil.** Belo Horizonte: UFMG, 2002.

43 VIEIRA, Oscar Vilhena. **Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência política.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994; CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a Judicialização da Política.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol. 12, nº 34, p. 147-156, junho/1997; FADEL, Alexandre Pinho. **O presidencialismo de coalizão e a crescente judicialização da política dos partidos de oposição no Brasil.** Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2004; MAUÉS, Antonio G. Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil: as ADIns do partidos políticos.** In: Revista de Informação Legislativa, nº 163, 2004.

44 CAPPELLETTI, Mauro. **Necesidad y legitimidad de la justicia constitucional.** In: FAVOREU, Louis *et alli.* **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.** Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.

Em face disso, a constitucionalização, via jurisdição, de situações não previstas no texto constitucional, implica o funcionamento de um circuito no qual as demandas trazidas pelo sistema político ao sistema judicial retornam a ele como um conjunto de orientações a serem cumpridas, pois as decisões da justiça constitucional não apenas resolvem casos presentes, mas também estabelecem parâmetros para a solução de casos futuros, possibilitando interpretações que vincularam eventos futuros, ou seja, uma verdadeira atividade para-legislativa do Judiciário.

Esta atuação pró-ativa da função judicial do Poder Público prescinde de uma reflexão mais acurada, ante o caráter normativo sobre a judicialização da política, e a legitimidade democrática da justiça constitucional, estabelecendo-se os limites⁴⁵, ante o respeito que os tribunais devem às decisões tomadas pelo legislador democrático.

O Supremo Tribunal Federal – STF, em um número expressivo de julgados, tem aplicado de forma direta a Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário, dando às normas constitucionais um alcance maior⁴⁶; também tem declarado a inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador ou Executivo, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição⁴⁷; além de determinar implementação de políticas públicas, constitucionalmente previstas, ao Estado, impondo condutas ou abstenções ao Poder Público⁴⁸.

Destaca-se que este ativismo expressa uma postura expansiva do STF, o que, conseqüentemente, potencializa o sentido e alcance das normas constitucionais, para ir além do legislador ordinário.

Contudo, é um instrumento que contorna a inércia das funções executiva e legislativa do Poder Público na efetivação de políticas públicas e dos Direitos Fundamentais, mas poderá ser um risco para a legitimidade democrática, na medida em que aumenta a interferência da função judicial nas outras funções do Poder Público – e todas são importantes para o processo democrático e efetivação das normas constitucionais – além de possibilitar a politização da justiça constitucional.

REFERÊNCIAS

ARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 4ª edição, rev. e atual. São Paulo – SP: Saraiva. 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

45 SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

46 ADI 3999/DF. Relator Ministro JOAQUIM BARBOSA. Tribunal Pleno. Julgamento em 12/11/2008. Publicação DJe-071 divulg. 16/04/2009 publ. 17/04/2009. Pag. 99.

47 ADI 3685/DF. Relatora Ministra ELLEN GRACIE. Tribunal Pleno. DJ. 10/08/2006. Pag. 19.

48 AgR no RE Nº 464143/SÃO PAULO – SP. Relatora Min. Ellen Gracie. DJe-030, Divulg. 18-02-2010. Pub. 19-02-2010, Ement. vol-02390-03 pg. 556. RE 463.210 – AgR/SP, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, unânime DJ 03.02.2006. RE 384.201 – AgR/SP, rel. Min. Marco Aurélio, 1ª Turma, unânime, DJe 03.8.2007. RE 600.419/SP, rel. Min. Celso de Mello, DJe 28.9.2009.

- BRANDÃO, Paulo de Tarso. **Ações Constitucionais: novos direitos e acesso à justiça.** Florianópolis: Habitus, 2001.
- CANOTILHO GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional.** 7ª Edição. Coimbra: Editora Livraria Almeida. 2004.
- CANOTILHO GOMES, José Joaquim. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Editora Almeidiana. 2003.
- CASTRO, Marcus Faro de. **O Supremo Tribunal Federal e a judicialização da política.** In *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 12, n. 34, junho de 1997.
- CAMPOS, Luiza Ferreira. **Um olhar sobre a Hermenêutica Filosófica: pela necessidade de interpretar o pós-positivismo a partir de suas raízes.** In: Congresso Nacional de Pesquisadores em Direito, 17, 2008, Brasília. **Anais.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DWORKIN, Ronald. **O império do Direito.** 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2007.
- DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio.** Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- ELY, John Hart. **Democracia e desconfiança: uma teoria do controle judicial de constitucionalidade.** Tradução de Juliana Lemos; revisão técnica Alonso Reis Freire; revisão de tradução e texto final Marcelo Brandão Cipolla. São Paulo, SP: Editora WMF Martins Fontes, 2010.
- GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método.** Tradução de Flávio Paulo Meurer. 3ª ed. – Petrópolis, RJ: Vozes, 1997. ISBN 97-0842.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo García de. **La constitución como norma y el tribunal constitucional.** Madrid: Civitas, 2001.
- GOMES JUNIOR, Luiz Moreira. **A Constituição como simulacro.** Editora Lumen Juris. Rio de Janeiro – RJ. 2007.
- HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição.** Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.
- KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** Tradução: João Baptista Machado. 6ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LASSALLE, Ferdinand. **O que é uma Constituição?**. Tradução: Walter Stönner. Versão para e-Book. eBooksBrasil.org. Disponível em: <<http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/constituicao.html>> Acesso: 20 out. 2007.

MAUÉS, Antonio Moreira; LEITÃO, Anelice F. Belém. **Dimensões da judicialização da política no Brasil – As ADIns dos partidos políticos**. Brasília a 41n, n.163 jul/set. 2004.

MAUS, Ingeborg. **Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na sociedade órfã**. Novos Estudos CEBRAP, n°. 58, Novembro de 2000.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Editora Del Rey. 2003.

SCHMITT, Carl. **O guardião da constituição**. Trad. Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

STEIN, Ernildo. **A consciência da História: Gadamer e a Hermenêutica**. Disponível em: <<http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/gadamer.htm>> Acesso em: 01 de setembro de 2014.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The Global Expansion of Judicial Power**. New York: New York University Press. 1995.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 5ª edição. São Paulo: Ed. Saraiva. 2007.