

Ativismo judicial: efetivação de normas constitucionais ou ameaça ao princípio da separação dos Poderes?

Lucas Ventura Carvalho Dias

*Advogado da CAIXA em Pernambuco
Pós-graduado em Direito Público pela Faculdade
Maurício de Nassau*

RESUMO

O presente trabalho tem o intuito de estudar a doutrina do ativismo judicial, para concluir se o instituto se revela como uma ferramenta de efetivação de normas constitucionais ou como uma ameaça ao princípio da separação dos Poderes. Atualmente, o Judiciário, em virtude da inércia de outros Poderes da República, vem adotando cada vez mais uma postura de viés ativista, procurando suprir a omissão do Legislativo e do Executivo. Daí a necessidade de um estudo sobre o tema, porquanto existe a ameaça de, com a postura ativista do Poder Judiciário, haver a invasão das competências próprias dos demais Poderes, gerando, assim, uma violação ao princípio da separação dos Poderes. Assim, este trabalho estuda o instituto trazendo seu conceito e os posicionamentos que enxergam no ativismo judicial a efetivação de normas constitucionais, assim como os que veem no instituto uma ameaça à separação dos Poderes. Em seguida, são apresentadas as conclusões obtidas.

Palavras-chave: Ativismo judicial. Separação. Poderes. Normas constitucionais.

ABSTRACT

The present work intends to study the doctrine of "judiciary activism", to conclude if the institute reveals itself as a tool of effectuation of the Constitutional rules, or as a threat to the principle of separation of powers. Nowadays the so called Judiciary System, due to the inertia of the other Powers of the Republic, adopts more and more an activist behavior, trying to supply the omission of the Legislature and Executive Powers. Therefore, it comes the necessity of studying the theme, for there is a menace of, with the activist behavior of the Judiciary System, existing the invasion of competences that are proper to the other Powers. Hence, this study analyzes the institute, bringing its concept, the doctrine and the legal decisions that see in the "judiciary activism" the effectuation of

Constitutional rules, as well as the ones who believe that the institute is a threat to Montesquieu's Separation of Powers (tripartite system). Finally comes the conclusion.

Keywords: Judiciary activism. Separation. Powers. Constitutional rules.

Introdução

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 2º, traz o princípio da separação dos Poderes, afirmando: "Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". Cada Poder da República, portanto, exerce uma atribuição típica, sendo a do Judiciário decidir as questões levadas a juízo, não podendo se afastar dessa atribuição, conforme artigo 5º, inciso XXXV, da Carta Magna.

Quanto à independência, significa que cada Poder não pode se subordinar aos demais. Já por harmonia deve-se entender que cada um dos Poderes não deve ingressar na esfera de competência típica dos demais, salvo as exceções já previstas no texto da Constituição.

O presente trabalho tem por escopo realizar uma breve análise do ativismo judicial no Brasil, a partir do seguinte questionamento: o instituto revela-se principalmente como uma forma de efetivação de direitos fundamentais ou representa uma ameaça ao princípio constitucional da separação dos Poderes?

Justifica-se a elaboração de um estudo sobre o assunto, pois, após anos de entendimento contrário, o Supremo Tribunal Federal (STF), em 2008, ao julgar os Mandados de Injunção 670, 708 e 712, decidiu pela efetivação imediata de uma norma constitucional de eficácia limitada (SILVA, 1998 *apud* LENZA, 2010, p. 177-183), qual seja, o direito de greve dos servidores públicos. Até aquele momento, o STF entendia que o Judiciário não poderia suprir a omissão legislativa sobre determinada matéria, sob pena de invasão de competência, mesmo que isso significasse a não efetivação de um direito fundamental constitucionalmente garantido.

Ademais, a corte parece cada vez mais inclinada a adotar a tese do ativismo judicial com o intuito de efetivar direitos fundamentais. Com efeito, o mais novo Ministro do Tribunal, José Antônio Dias Toffoli, afirmou, em entrevista concedida ao jornal *O Globo*, que a corte deve atuar em casos de omissão (TOFFOLI..., 2009). Na mesma linha é o posicionamento de Gilmar Mendes, expresso no MI 670 e citado pelo magistrado e doutrinador em seu *Curso de Direito Constitucional*.

Dessa forma, buscar-se-á, nas páginas que se seguem, definir o que é ativismo judicial, trazendo, na primeira seção, seu conceito a partir da doutrina.

Em seguida, a partir das opiniões de doutrinadores e operadores do direito, será realizada na segunda seção uma análise do instituto sob o ponto de vista do ativismo judicial como forma de efetivação das normas constitucionais nos casos de inércia do Legislativo e do Executivo.

Posteriormente, será analisado na terceira seção se o instituto representa uma ameaça ao princípio da separação dos Poderes, tendo em vista que, ao efetivar um direito que depende de legislação ou políticas públicas para tanto, o Judiciário ingressa numa seara que seria, originalmente, dos Poderes Legislativo e Executivo.

Por fim, serão apresentadas as conclusões obtidas com os estudos realizados, procurando-se trazer um posicionamento adequado à luz dos pensamentos divergentes analisados.

1 Ativismo judicial - conceito

Para que se entenda o que é ativismo judicial, tomem-se, de início, as lições do professor Elival da Silva Ramos, que em seu livro *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos* aborda o instituto, de início, nos seguintes termos:

Ao se fazer menção ao ativismo judicial, o que se está a referir é a ultrapassagem das linhas demarcatórias da função jurisdicional, em detrimento principalmente da função legislativa, mas, também, da função administrativa e, até mesmo, da função de governo. Não se trata do exercício desabrido da legiferação (ou de outra função não jurisdicional), que, aliás, em circunstâncias bem delimitadas, pode vir a ser deferido pela própria Constituição aos órgãos superiores do aparelho judiciário, e sim da descaracterização da função típica do Poder Judiciário, com incursão insidiosa sobre o núcleo essencial de funções constitucionalmente atribuídas a outros poderes (RAMOS, 2010, p. 116-117).

Ou seja, deixa claro o mestre que, ao praticar o que se chama de ativismo judicial, o Judiciário extrapola as suas atribuições típicas, ingressando na órbita que seria de outro poder, nesse caso, o Legislativo.

Observa-se, desde logo, o tom crítico adotado pelo autor quanto ao tema, ao classificar como *insidiosa* a incursão do Judiciário sobre o núcleo essencial de funções atribuídas pela Carta Magna a outros Poderes da república.

Em seguida, na já citada obra, o autor ensina que por ativismo judicial:

[...] deve-se entender o exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos) (RAMOS, 2010, p. 129).

Novamente, sobressai o caráter extremamente crítico das lições do doutrinador sobre a matéria.

Em estudo sobre o tema, Coelho (2010) cita um conceito de Leal, segundo o qual ativismo judicial está associado "à ideia de exorbitância de competência por parte do Poder Judiciário, razão por que - adverte - chamar-se de ativista a um tribunal implica atribuir-lhe algo de negativo na sua conduta institucional" (LEAL, 2010, p. 24 *apud* COELHO, 2010).

Observa-se, novamente, um conceito que coloca uma pecha sobre o ativismo judicial, pois enxerga o instituto como uma extrapolação da competência originária do Poder Judiciário.

Delgado (2008 *apud* CARVALHO, 2009), por sua vez, formula o seguinte conceito: "[...] 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".

Aqui já é possível denotar uma conceituação de viés positivo sobre o tema, sem o caráter negativista dos autores citados anteriormente, pois vê o ativismo como elemento fundamental para que seja eficaz o exercício da atividade jurisdicional.

Já Gomes (2009) conceitua ativismo judicial como:

uma espécie de intromissão indevida do Judiciário na função legislativa, ou seja, ocorre ativismo judicial quando o juiz "cria" uma norma nova, usurpando a tarefa do legislador, quando o juiz inventa uma norma não contemplada nem na lei, nem dos tratados, nem na Constituição.

Em seguida, arremata: "O ativismo judicial [...] ocorre quando o juiz inventa uma norma, quando cria um direito não contemplado de modo explícito em qualquer lugar, quando inova o ordenamento jurídico" (GOMES, 2009).

Novamente, tem-se uma definição que coloca o ativismo judicial como uma forma de usurpação da função legislativa pelo Judiciário, ou seja, o objeto do presente estudo é visto como uma extrapolação, pelos magistrados, de suas atribuições.

Luiz Roberto Barroso, em entrevista concedida a Ito (2009), conceitua o ativismo diferenciando-o do conceito de judicialização nos seguintes termos: "Já o ativismo, ao contrário da judicialização, não é fato, diz Barroso, mas atitude. Acontece quando há um déficit de outros Poderes e o Judiciário aplica princípios a situações não previstas em leis".

Nota-se, assim, que o autor reconhece o ativismo como uma atuação do Judiciário que vai além do que está escrito nas leis, classificando a postura mais como uma questão de "atitude" do magistrado.

Ante os conceitos demonstrados nas linhas pretéritas, fica claro que ocorre ativismo judicial quando o Judiciário, em atribuição que não lhe é típica, busca efetivar algum direito quando a lei ainda não o fez, invadindo, em tese, competência do Poder Legislativo e fazendo isso, em regra, quando há inércia deste.

Já demonstrado o que se entende por ativismo judicial, passa-se, agora, a analisar duas vertentes do instituto: a) como uma forma de efetivação de direitos fundamentais e, portanto, uma contribuição positiva do Judiciário para o Estado; e b) como uma extrapolação da atividade jurisdicional que traz reflexos negativos para o equilíbrio dos Poderes na República.

2 Ativismo judicial: modernização da jurisdição e efetivação de direitos constitucionalmente garantidos

A Constituição da Federação brasileira, de 1988, bastante extensa e garantista, em virtude do contexto político-social em que foi editada (após a ditadura militar), positivou uma enorme quantidade de direitos básicos para os brasileiros; todavia, em muitos casos, não dispôs sobre os métodos de efetivá-los.

Com efeito, ao ler o texto da Constituição brasileira, algum desavisado poderia acreditar estar vivendo num país desenvolvido, em que se garante à população saúde, educação, moradia, cultura, dignidade, entre diversos outros direitos individuais e sociais. Infelizmente, tais direitos, considerados fundamentais, insuscetíveis de alteração por emenda ao Texto Magno, ainda não são acessíveis a uma grande parte da população.

Diante desse quadro, não se pode negar que o ativismo judicial traz um novo horizonte de possibilidades. Direitos que permaneciam ineficazes em virtude da inércia do legislador ou do administrador agora encontram no Judiciário uma forma de concretização.

Trata-se de um neoconstitucionalismo, que busca, nas palavras de Lenza (2010, p. 55):

não mais apenas se atrelar [...] à idéia de limitação do poder político, mas, acima de tudo, buscar a eficácia da Constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da expectativa de concretização dos direitos fundamentais.

Foi exatamente o que fez o STF, em 2008, ao garantir a utilização da lei geral de greve aos servidores públicos estatutários.

A Constituição brasileira, em seu artigo 37, inciso VII, garante aos servidores públicos direito de greve; todavia, afirma que este será exercido "nos termos e nos limites definidos em lei específica".

Ocorre que, atualmente, passados mais de vinte e um anos da promulgação da Constituição cidadã, nunca foi editada a "lei específica" citada no artigo 37. Ou seja, o legislador queda-se inerte há mais de vinte anos, sem qualquer justificativa plausível para tanto.

Contudo, a Constituição, pensando na hipótese, previu um remédio que poderia trazer a solução do problema: o mandado de injunção. Dispõe o art. 5º, inciso LXXI, da CF/88: "conceder-se-á mandado de injunção sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania".

Ou seja, em tese, havia uma ferramenta excepcional, constitucionalmente garantida, para que fossem efetivados direitos fundamentais inacessíveis em virtude da falta de norma regulamentadora do seu exercício.

Todavia, o STF, no Mandado de Injunção nº 20, firmou posição no sentido de que o direito de greve dos servidores públicos somente poderia ser exercido após a edição da lei especial citada no texto constitucional, sob alegação de que a norma que garantia o referido direito era de eficácia limitada, conforme a classificação proposta por Silva (2005).

O acórdão teve a ementa abaixo transcrita:

EMENTA: MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO - DIREITO DE GREVE DO SERVIDOR PÚBLICO CIVIL - EVOLUÇÃO DESSE DIREITO NO CONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO - MODELOS NORMATIVOS NO DIREITO COMPARADO - PRERROGATIVA JURÍDICA ASSEGURADA PELA CONSTITUIÇÃO (ART. 37, VII) - IMPOSSIBILIDADE DE SEU EXERCÍCIO ANTES DA EDIÇÃO DE LEI COMPLEMENTAR - OMISSÃO LEGISLATIVA - HIPÓTESE DE SUA CONFIGURAÇÃO - RECONHECIMENTO DO ESTADO DE MORA DO CONGRESSO NACIONAL - IMPETRAÇÃO POR ENTIDADE DE CLASSE - ADMISSIBILIDADE - WRIT CONCEDIDO. DIREITO DE GREVE NO SERVIÇO PÚBLICO: O preceito

constitucional que reconheceu o direito de greve ao servidor público civil constitui norma de eficácia meramente limitada, desprovida, em consequência, de auto-aplicabilidade, razão pela qual, para atuar plenamente, depende da edição da lei complementar exigida pelo próprio texto da Constituição. A mera outorga constitucional do direito de greve ao servidor público civil não basta - ante a ausência de auto-aplicabilidade da norma constante do art. 37, VII, da Constituição - para justificar o seu imediato exercício. O exercício do direito público subjetivo de greve outorgado aos servidores civis só se revelará possível depois da edição da lei complementar reclamada pela Carta Política. A lei complementar referida - que vai definir os termos e os limites do exercício do direito de greve no serviço público - constitui requisito de aplicabilidade e de operatividade da norma inscrita no art. 37, VII, do texto constitucional. Essa situação de lacuna técnica, precisamente por inviabilizar o exercício do direito de greve, justifica a utilização e o deferimento do mandado de injunção. A inércia estatal configura-se, objetivamente, quando o excessivo e irrazoável retardamento na efetivação da prestação legislativa - não obstante a ausência, na Constituição, de prazo pré-fixado para a edição da necessária norma regulamentadora - vem a comprometer e a nulificar a situação subjetiva de vantagem criada pelo texto constitucional em favor dos seus beneficiários. MANDADO DE INJUNÇÃO COLETIVO: A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de admitir a utilização, pelos organismos sindicais e pelas entidades de classe, do mandado de injunção coletivo, com a finalidade de viabilizar, em favor dos membros ou associados dessas instituições, o exercício de direitos assegurados pela Constituição. Precedentes e doutrina (BRASIL, 1996).

Assim, embora reconhecida a mora legislativa e concedido o Mandado de Injunção, com a notificação do Poder Legislativo quanto à sua mora, entendeu a suprema corte que não poderia, substituindo-se ao legislador, efetivar o direito de greve dos servidores públicos.

Como bem lembra Mendes (2009, p. 1265), o posicionamento da corte se manteve no julgamento dos MI 485 e 585. Arremata o autor informando que "nas diversas oportunidades em que o tribunal se manifestou sobre a matéria, tem-se reconhecido unicamente a necessidade de se editar a reclamada legislação, sem admitir uma concretização direta da norma constitucional".

Ressalva-se, entretanto, que, já no julgamento do Mandado de Injunção nº 20, o Ministro Carlos Velloso, em posicionamento notoriamente vanguardista para o direito brasileiro, entendia que devia ser aplicada, aos servidores públicos civis, a lei geral de greve

(Lei 7.783/1989), que seria a norma do caso concreto, para efetivar o direito fundamental não exercido em virtude a injustificável mora legislativa.

Foram estes os argumentos que utilizou em seu voto:

A Casa conhece o meu pensamento a respeito do mandado de injunção. Estamos diante de um caso em que é cabível esta medida. Sustento que devemos emprestar ao mandado de injunção a máxima eficácia. Reporto-me aos votos que tenho proferido nesta Casa, a respeito do tema, em que sustento que, julgada procedente a injunção, deve o Supremo Tribunal Federal elaborar a norma para o caso concreto, vale dizer, a norma que viabilizará o exercício do direito. Reporto-me, por exemplo, aos votos que proferi nos MMII 369-DF, 219-DF, 384-RJ, 429-DJ, 95-RR, 124-SP, 278-MG.

Assim, Sr. Presidente, passo a fazer aquilo que a Constituição determina que eu faça, como juiz: elaborar a norma para o caso concreto, a norma que viabilizará, na forma do disposto no art. 5º, LXXI, da Lei Maior, o exercício do direito de greve do servidor público.

A norma para o caso concreto será a lei de greve dos trabalhadores, a Lei 7.783, de 28.06.1989. É dizer, determinar que seja aplicada, no caso concreto, a lei que dispõe sobre o exercício do direito de greve dos trabalhadores em geral, que define as atividades essenciais e que regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade.

Sei que na Lei 7.783 está disposto que ela não se aplicará aos servidores públicos. Todavia, como devo fixar a norma para o caso concreto, penso que devo e posso estender aos servidores públicos a norma já existente, que dispõe a respeito do direito de greve (BRASIL, 1996).

Posicionamento idêntico foi defendido no julgamento do MI 631/MS, relator Ministro Ilmar Galvão, como de forma pertinente observa Mendes (2009, p. 1265).

A corte, entretanto, somente adotou o mesmo posicionamento em 25 de outubro de 2007, quando, julgando os Mandados de Injunção 670 (Ministro relator Ilmar Galvão), 708 (Ministro relator Gilmar Mendes) e 712 (Ministro relator Eros Grau), determinou que se aplicasse aos servidores públicos civis a Lei 7.783/1989.

Segundo Mendes (2009, p. 1273), o Tribunal,

afastando-se da orientação inicialmente perfilhada no sentido de estar limitada à declaração da existência da mora legislativa para a edição de norma regulamentadora específica, passou, sem assumir compromisso com o exercício de uma típica função legislativa, a aceitar a possibilidade de uma regulação provisória pelo próprio judiciário.

Foram os seguintes os fundamentos do voto do então presidente da Corte Máxima de Justiça brasileira:

O direito de greve dos servidores públicos tem sido objeto de sucessivas dilações desde 1988. A Emenda Constitucional nº 19/1998 retirou o caráter complementar da lei regulamentadora, a qual passou a demandar, unicamente, lei ordinária e específica para a matéria. Não obstante subsistam as resistências, é bem possível que as partes envolvidas na questão partam de premissas que favoreçam o estado de omissão ou de inércia legislativa.

A representação de servidores não vê com bons olhos a regulamentação do tema, porque visa a disciplinar uma seara que hoje está submetida a um tipo de lei da selva. Os representantes governamentais entendem que a regulamentação acabaria por *criar* o direito de greve dos servidores públicos. Essas visões parcialmente coincidentes têm contribuído para que as greves no âmbito do serviço público se realizem sem qualquer controle jurídico, dando ensejo a negociações heterodoxas, ou a ausências que comprometem a própria prestação do serviço público, sem qualquer base legal.

Mencionem-se, a propósito, episódios mais recentes relativos à greve dos servidores do Judiciário do Estado de São Paulo e à greve dos peritos do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS), que trouxeram prejuízos irreparáveis a parcela significativa da população dependente desses serviços públicos.

A não regulação do direito de greve acabou por propiciar um quadro de selvageria com sérias conseqüências para o Estado de Direito. Estou a lembrar que Estado de Direito é aquele no qual não existem soberanos. Nesse quadro, não vejo mais como justificar a inércia legislativa e a inoperância das decisões desta Corte. Comungo das preocupações quanto à não assunção pelo Tribunal de um *protagonismo legislativo*. Entretanto, parece-me que a não-actuação no presente momento já se configuraria quase como uma espécie de 'omissão judicial'.

[...]

Nesse contexto, é de se concluir que não se pode considerar simplesmente que a satisfação do exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis deva ficar a bel-prazer do juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Carta Federal de 1988 (ou seja, há mais de 17 anos), remanesce sem qualquer alteração. Isto é, mesmo com as modificações implementadas pela emenda n. 19/1998 quanto à exigência de lei ordinária específica, o direito de greve dos servidores públicos ainda não recebeu o tratamento legislativo minimamente

satisfatório para garantir o exercício dessa prerrogativa em consonância com imperativos constitucionais. Por essa razão, não estou a defender aqui a assunção do papel de legislador positivo pelo Supremo Tribunal Federal.

Pelo contrário, ênfase tão-somente que, tendo em vista as imperiosas balizas constitucionais que demandam a concretização do direito de greve a todos os trabalhadores, este Tribunal não pode se abster de reconhecer que, assim como se estabelece o controle judicial sobre a atividade do legislador, é possível atuar também nos casos de inatividade ou omissão do Legislativo (BRASIL, 2009, grifos do autor).

Impende ressaltar que, apesar de atuar no vazio legislativo, determinando a aplicação da lei geral de greve dos trabalhadores da iniciativa privada aos servidores públicos, o Ministro e doutrinador deixa claro que, na sua opinião, o STF não estaria assumindo a posição de legislador positivo.

Assim, com essa viragem jurisprudencial, o STF adotou postura que se enquadra como ativismo judicial, concretizando, com isso, o direito de greve dos servidores públicos civis, que se viam tolhidos de seu exercício em virtude da inércia do Legislativo.

Portanto, verifica-se na postura ativista do Tribunal Constitucional um elemento importante para garantir direitos que não veem a luz do dia em virtude de interesses muitas vezes escusos (como faz questão de citar Mendes em sua decisão referida anteriormente). Sabe-se lá quanto tempo levaria para que se efetivasse o direito de greve dos servidores públicos civis se outra tivesse sido a postura do STF no julgamento dos Mandados de Injunção 670, 708 e 712.

Aliás, é importante o alerta dado por Campos (2009, p. 5):

Se à reiterada omissão legislativa inconstitucional, se somasse uma também reiterada "omissão judicial", tudo estaria perdido para a força normativa da Constituição, que se encontraria desprotegida diante da inércia dos poderes constituídos, pondo-se em risco a efetividade não apenas do dispositivo constitucional não regulado, mas da constituição como um todo.

Cabe indagar, todavia, se é possível ao órgão judicial assumir essa postura, na qual, de certa forma, substitui-se ao legislador.

Segundo Medeiros (1999 *apud* MENDES, 2009, p. 1267-1268):

A atribuição de uma função positiva ao juiz constitucional harmoniza-se, desde logo, com a tendência hodierna para a acentuação da importância e da criatividade da função jurisdicional: as decisões modificativas integram-se, coerentemente, no movimento de valorização do momento jurisprudencial do direito.

O alargamento dos poderes normativos do Tribunal Constitucional constitui, outrossim, uma resposta à crise das instituições democráticas.

Denota-se que o autor se mostra favorável à postura ativista da Corte Suprema de Justiça, enxergando aí uma resposta à crise das instituições democráticas, que vêm se mostrando inaptas a atender os anseios da sociedade de ver tornarem-se realidade os direitos prometidos nas Cartas Constitucionais modernas, sendo um excelente exemplo a própria Constituição Federal do Brasil.

Em tese, portanto, o ativismo seria, na verdade, uma etapa da atuação do Poder Judiciário já prevista constitucionalmente. O papel do Judiciário contemporâneo seria justamente garantir o cumprimento da constituição, devendo adotar uma postura ativista.

Em linha semelhante de argumentação, são valiosos os ensinamentos de Streck (2003, p. 685, grifo do autor):

A democratização social, fruto das políticas do *Welfare State*, o advento da democracia no segundo pós-guerra e a redemocratização de países que saíram de regimes autoritários/ditatoriais trazem a lume constituições cujos textos positivam direitos fundamentais e sociais. Esse conjunto de fatores redefine a relação entre os poderes do Estado, passando o judiciário (ou os tribunais constitucionais) a fazer parte da arena política [...]

Mais adiante, complementa o autor:

[...] surgindo o Judiciário (e suas variantes de justiça constitucional, nos países que adotaram a fórmula de tribunais *ad hoc*) como uma alternativa para o resgate das promessas da modernidade, onde o acesso à justiça assume um papel de fundamental importância, por meio do deslocamento da esfera de tensão, até então calçada nos procedimentos políticos, para os procedimentos judiciais (STRECK, 2003, p. 685).

Assim, entende Streck que ao Judiciário cabe um papel no cenário político, agindo por meio do ativismo para concretizar direitos adormecidos e cumprir as chamadas "promessas da modernidade", tão presentes, por exemplo, na Constituição do Brasil de 1988.

Os juízes, portanto, não seriam mais meros aplicadores da lei. Seriam seres políticos, encarregados de dar cumprimento à Constituição, mesmo que isso signifique ingressar na arena específica dos outros Poderes da República.

O estudioso entende, ainda, o seguinte:

O Poder Judiciário (entendido como justiça constitucional) deve ter uma nova inserção no âmbito das relações dos poderes de Estado, levando-o a transcender as funções dos checks and balances, mediante uma atuação que leve em conta a perspectiva de que os valores constitucionais têm precedência mesmo contra textos legislativos produzidos por maiorias parlamentares (que, a toda evidência, devem obediência à constituição) (STRECK, 2003, p. 703-704).

Ou seja, na visão do autor, para a concretização dos valores constitucionais é possível até mesmo ir contra texto de lei. Na prática, como o texto legal deve obediência à Constituição, se falha em cumpri-la, cabe ao Judiciário corrigir essa distorção. Continuando suas lições, explica o doutrinador, citando Krell:

[...] onde o processo político (Legislativo, Executivo) falha ou se omite na implementação de políticas públicas e dos objetivos sociais nela implicados, cabe ao *Poder Judiciário tomar uma atitude ativa na realização desses fins sociais através da correição de prestações dos serviços sociais básicos* (STRECK, 2003, p. 704, grifo do autor).

Assim, nesse pensar, o Judiciário poderia até mesmo atuar na formulação de políticas públicas, ingressando na esfera de competência do Executivo.

Tratando do tema, Krell (2002, p. 88, grifo do autor) argumenta:

Torna-se cada vez mais evidente que o vetusto princípio da Separação dos Poderes, idealizado por Montesquieu no século XVIII, está produzindo, com sua grande força simbólica, um *efeito paralisante* às reivindicações de cunho social e precisa ser submetido a uma nova leitura, para poder continuar servindo ao seu escopo original de garantir Direitos Fundamentais contra o arbítrio e, hoje também, a omissão estatal.

Na mesma linha de Streck, portanto, entende Krell que o dogma da separação dos Poderes precisa ser revisto, atualizado, de forma que não sirva como instrumento de engessamento do controle das políticas públicas, mas atenda ao seu papel fundamental, que é garantir os direitos fundamentais dos indivíduos.

Nesse sentido, o que se chama de *ativismo judicial* não seria mais do que uma releitura do princípio da separação dos Poderes, modernizado de forma a continuar cumprindo sua função precípua de proteger as pessoas contra o arbítrio, que, atualmente, manifesta-se não apenas por ação, mas também por omissão.

Continuando o seu raciocínio, Krell (2002, p. 90) explica:

[...] não parece lícito invocar regras abstratas e ortodoxas sobre a Separação dos Poderes, nem "pensar na subsistência radical daquilo que no passado sugerira Montesquieu", para, como isso, desprezar a realidade presente e renunciar a soluções práticas de utilidade geral.

Para que essas "soluções práticas de ordem geral" ganhem a luz do dia, a solução é rever a separação dos Poderes, com o Judiciário agindo de forma mais política e fazendo cumprir o que os outros Poderes não conseguiram ou, pior, sequer pretenderam.

Continuando, o Krell (2002, p. 97-98) afirma concordar com a tese da defesa de:

Um novo tipo de Poder Judiciário e de compreensão da norma Constitucional, com juízes "ativistas", vinculados às diretivas e às diretrizes materiais da constituição, voltados para a plena realização dos seus comandos não apenas apegados aos esquemas da racionalidade formal e, por isso, muitas vezes simples guardiões do *status quo*. Torna-se necessária, portanto, uma "mudança de paradigmas" na percepção de sua própria posição e função no moderno Estado Social de Direito.

Portanto, o que se denota da leitura do texto citado é que o autor se mostra favorável aos juízes políticos, ativistas, que buscam a plena realização da Constituição. Ressalta a necessidade de uma mudança de paradigmas na interpretação do papel do Poder Judiciário. Como observado em linhas pretéritas, parte dessa mudança de paradigma consiste numa reavaliação do sistema da separação dos Poderes do Estado.

Sem dúvida, a tese ganha força quando se observa o decidido pelo STF nos Mandados de Injunção 670, 708 e 712. A mudança de postura do Judiciário fez com que um direito que há vinte e um anos não encontrava concretização de maneira adequada pudesse ser exercido, inobstante a nefasta inércia do legislador.

Adiante em suas lições, Krell (2002, p. 98, grifo do autor) defende:

Esse tipo de *ativismo judicial* seria capaz, diante de cada situação e sem seguir receitas uniformes, de superar muitos dos óbices e representar uma "alavanca dinamizadora" para a realização dos direitos sociais postergados ou até "impossíveis", como tantas vezes denominamos aqueles que não são desfrutáveis por muitas pessoas sumidas na marginalidade" e os quais "podam a Democracia de um dos seus essenciais conteúdos".

Fica claro que, como Streck, Krell enxerga no ativismo judicial uma alternativa para o cumprimento das promessas constitucionais, para que se dê efetividade ao Texto Magno, que, em virtude da inércia das demais esferas de Poder, traz um grande rol de direitos que vêm se tornando letra morta.

Não se pode deixar de dar certa razão ao autor, mormente quando se observa a jurisprudência recente do STF, notadamente no caso do direito de greve dos servidores públicos. Não fosse a decisão de viés ativista da Suprema Corte, um direito previsto há mais de vinte anos encontrar-se-ia numa espécie de limbo jurídico, como, aliás, ainda encontram-se diversas normas daquelas consideradas de "eficácia limitada", na clássica conceituação de Silva (1998 *apud* LENZA, 2010).

Sem olvidar o risco que representa o ativismo, matéria que será discutida mais adiante no presente trabalho, o fato é que o direito de greve dos servidores públicos somente ganhou efetividade e tratamento jurídico adequado ante a postura proativa do STF, que ousou mudar o seu posicionamento há anos consolidado.

Aliás, ao que parece, a tendência futura da corte é trazer mais decisões de índole ativista, como deixou claro o recentemente empossado Ministro do STF, José Antônio Dias Toffoli, em entrevista concedida ao jornal *O Globo* e reproduzida no portal jurídico *Consultor Jurídico*. Com efeito, quando perguntado se é papel do STF legislar quando o Congresso é omissor, assim respondeu o Ministro:

A Constituição diz que, quando não há regulamentação de um direito previsto na própria Constituição, o Judiciário pode atuar. Quando se deparou com uma ação sobre o direito de greve do servidor público pela primeira vez, salvo engano em 1993, o Supremo não regulamentou. Imaginava-se que o Congresso levaria no máximo dez anos para regulamentar. Agora, a Constituição já tem mais de 20 anos. Não me impressiona o fato de que o Supremo está avançando em certas situações que são de competência do Congresso Nacional, por conta do tempo passado. É uma coisa lógica (TOFFOLI..., 2009).

Ou seja, deixa claro o novo magistrado que, na sua opinião, o Supremo não apenas pode, mas tem o dever de atuar na omissão do Poder Legislativo. Portanto, o STF ganhou mais um membro defensor da doutrina do ativismo judicial.

Ora, se o Legislativo, passados mais de vinte anos, não cumpre o seu dever, seria aceitável a manutenção dessa situação sob o argumento de que postura diversa quebraria o equilíbrio dos Poderes do Estado? E como fica esse mesmo Estado se um de seus Poderes constituídos faz *tabula rasa* da Carta que rege a nação?

Outro grande nome do direito brasileiro a defender a doutrina do ativismo é Maria Berenice Dias, citada em artigo de Gláucia Milício:

[...] se a tarefa fosse simplesmente aplicar a letra da Constituição, não precisaria de juiz. A Constituição traça normas, mas cabe ao julgador buscar uma solução mais justa [...]. "A nossa Deusa da Justiça não pode ser cega. Já temos um legislador covarde, que não consegue aprovar certas leis. Com isso, o Judiciário tem de suprir essa lacuna. Ele não pode fechar os olhos para realidade" (MILÍCIO, 2009).

Observe-se que, como outros autores já citados, a doutrinadora entende que a postura ativista do Judiciário, na verdade, não é uma opção: é antes um *dever* de agir. O Judiciário *deve* suprir a lacuna deixada por outro Poder e dar concretude à norma constitucional.

Outra opinião de relevo favorável - embora com reservas - ao ativismo judicial no direito brasileiro é de Luis Roberto Barroso, cuja opinião foi reproduzida por Marina Ito, em matéria no portal *Consultor Jurídico*:

O ativismo judicial se expande quando outros Poderes se retraem. Nesse sentido, o ativismo tem um ponto positivo: atende às demandas sociais não atendidas por instâncias políticas. Mas apresenta um aspecto negativo ao revelar que as instituições constitucionalmente competentes não funcionam satisfatoriamente (ITO, 2009).

De fato, a conclusão é bastante interessante e, sem dúvida, merece reflexões. Pois, se parece certo que o ativismo judicial vem cumprindo um papel de atender anseios sociais quando outras esferas de poder não conseguiram fazê-lo, não se pode olvidar que isso representa uma deficiência dessas mesmas esferas, que não vêm cumprindo o seu papel constitucionalmente outorgado.

Portanto, o ideal seria que não houvesse ativismo, mas, tratando-se da realidade brasileira, o instituto parece ser um *mal necessário*, enquanto os Poderes constituídos insistem em não cumprir a sua nobre missão.

Ainda sobre o tema da possibilidade de atuação judicial ante a inércia do legislador, merecem transcrição as lições de Carlos Alexandre de Azevedo Campos, em seu artigo *Limites e possibilidades do protagonismo judicial*:

Com efeito, é o Poder Legislativo o titular da prioridade no cumprimento da função de densificação normativa dos significados constitucionais, de exercer a política

constitucional; por outro lado, essa reserva político-constitucional do Poder Legislativo não pode ser entendida como um poder ilimitado, cujo não exercício possa representar uma *paralisia legítima* da força normativa da Constituição e, em especial, dos significados constitucionais penderes de regulação (CAMPOS, 2009, p. 6, grifo do autor).

Interessante a posição do autor, que enxerga na inação do legislador um exercício de poder; afinal, se incumbe ao legislador a tarefa de tornar realidade através de sua atividade os preceitos constitucionais, também lhe compete não fazer coisa alguma. Sem dúvida, a inércia do legislador, seja a que interesses sirva, se mostra como um grande poder, mas, defende o doutrinador, há que se limitá-lo, sob pena de haver uma paralisação da forma normativa da Constituição, pasmem, garantida constitucionalmente!

Por essa razão, afirma o autor:

[...] o mero reconhecimento da mora legislativa e a ciência ao Poder omissor para o suprimento da lacuna representam muito pouco em termos de atuação em nome da força normativa da Constituição e dos direitos fundamentais; na verdade, o que se espera é o imediato suprimento da omissão e o afastamento de suas consequências indesejadas (CAMPOS, 2009, p. 6).

Assim, o ativismo judicial pode ser uma ferramenta poderosa para evitar uma "ditadura da inércia" por parte do Poder Legislativo, que, ao não cumprir sua função constitucionalmente prevista, acaba por, na verdade, agir em contrariedade à Constituição. O silêncio do Legislativo é bastante eloquente e demonstra a vontade da classe política e de seus financiadores quanto à efetiva concretização de direitos básicos da população brasileira.

Como ressaltado pelo autor, o que se espera é que o problema das lacunas normativas e dos direitos garantidos apenas no papel seja resolvido de imediato. Uma Constituição só merece ser chamada de cidadã se atende aos anseios de seus cidadãos!

Já bastante citado no presente trabalho, Campos (2009, p. 6) considera que a mudança de posição do STF no julgamento dos MI 670, 708 e 712 foi "um passo decisivo para o aperfeiçoamento e dotação de eficácia ao sistema de controle de constitucionalidade das omissões legislativas, sendo fixada a idéia da atuação do STF como autêntico legislador positivo em hipóteses excepcionais de reiterada e inconstitucional omissão legislativa".

O autor complementa o seu raciocínio afirmando:

Faz-se necessária a afirmação da idéia, em favor da própria constituição, de que a reserva de poder legislativo

representa, em muitas hipóteses, um verdadeiro dever de legislar, de forma que o seu não cumprimento reiterado permitirá, como alternativa para assegurar a supremacia do Texto Constitucional, ao STF proferir *sentenças aditivas* voltadas ao suprimento das lacunas inconstitucionais (CAMPOS, 2009, p. 6, grifo do autor).

Portanto, fica clara a posição de Campos no sentido de que quando não cumprido, pelo Legislativo, o seu dever de legislar, haverá espaço e até mesmo uma certa obrigação do Poder Judiciário de preencher essa lacuna, para que se garanta efetividade ao texto constitucional. Por isso, arremata dizendo: "O Poder Judiciário, notadamente o STF, deve substituir o Poder Legislativo e formular, sempre a partir do próprio sistema normativo, a norma faltante que impede a eficácia normativa da Constituição" (CAMPOS, 2009, p. 6).

Corroborando essa opinião o decano do STF, Ministro Celso de Mello, que, na ocasião da posse do Ministro Gilmar Ferreira Mendes, presidente da corte entre abril de 2008 e abril de 2010, afirmou em discurso reproduzido em matéria de Daniel Roncaglia:

A prática da jurisdição, quando provocada por aqueles atingidos pelo arbítrio, pela violência e pelo abuso, não pode ser considerada - ao contrário do que muitos erroneamente supõem e afirmam - um gesto de indevida interferência desta Suprema Corte na esfera orgânica dos demais Poderes da República (MELLO *apud* RONCAGLIA, 2008, p. 5).

Em seguida, continuando seu raciocínio, disse Mello (*apud* Roncaglia, 2008, p. 5):

Práticas de ativismo judicial, Senhor Presidente, embora moderadamente desempenhadas por esta Corte em momentos excepcionais, tornam-se uma necessidade institucional, quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional, ainda mais se se tiver presente que o Poder Judiciário, tratando-se de comportamentos estatais ofensivos à Constituição, não pode se reduzir a uma posição de pura passividade.

Posteriormente, justificou as razões pelas quais a postura ativista do Tribunal não violaria a Constituição:

Como sabemos, o sistema constitucional brasileiro, ao consagrar o princípio da limitação de poderes, teve por objetivo instituir modelo destinado a impedir a formação de instâncias hegemônicas de poder no âmbito do

Estado, em ordem a neutralizar, no plano político-jurídico, a possibilidade de dominação institucional de qualquer dos Poderes da República (ou daqueles que os integram) sobre os demais órgãos e agentes da soberania nacional.

É imperioso assinalar, em face da alta missão de que se acha investido o Supremo Tribunal Federal, que os desvios jurídico-constitucionais eventualmente praticados por qualquer instância de poder - mesmo quando surgidos no contexto de processos políticos - não se mostram imunes à fiscalização judicial desta Suprema Corte, como se a autoridade e a força normativa da Constituição e das leis da República pudessem, absurdamente, ser neutralizadas por meros juízos de conveniência ou de oportunidade, não importando o grau hierárquico do agente público ou a fonte institucional de que tenha emanado o ato transgressor de direitos e garantias assegurados pela própria Lei Fundamental do Estado.

O que se mostra importante reconhecer e reafirmar, Senhor Presidente, é que nenhum Poder da República tem legitimidade para desrespeitar a Constituição ou para ferir direitos públicos e privados de seus cidadãos. Isso significa, na fórmula política do regime democrático, que nenhum dos Poderes da República está acima da Constituição e das leis. Nenhum órgão do Estado - situe-se ele no Poder Judiciário, no Poder Executivo ou no Poder Legislativo - é imune ao império das leis e à força hierárquico-normativa da Constituição.

Constitui função do Poder Judiciário preservar e fazer respeitar os valores consagrados em nosso sistema jurídico, especialmente aqueles proclamados em nossa Constituição, em ordem a viabilizar os direitos reconhecidos aos cidadãos, tais como o direito de exigir que o Estado seja dirigido por administradores íntegros, por legisladores probos e por juízes incorruptíveis, pois o direito ao governo honesto traduz uma prerrogativa insuprimível da cidadania.

É preciso, pois, reafirmar a soberania da Constituição, proclamando-lhe a superioridade sobre todos os atos do Poder Público e sobre todas as instituições do Estado, o que permite reconhecer, no contexto do Estado Democrático de Direito, a plena legitimidade da atuação do Poder Judiciário na restauração da ordem jurídica lesada e, em particular, a intervenção do Supremo Tribunal Federal [...] (MELLO *apud* RONCAGLIA, 2008, p. 6).

Assim, na visão de Mello, se não se pode descumprir a Constituição por ação, o mesmo vale para as hipóteses de omissão. Segundo o Ministro, a separação dos Poderes busca, justamente, fazer com que nenhuma instância de poder tenha hegemonia sobre as demais, o que, de certa forma, ocorreria caso o Poder Legislativo,

por meio da sua inércia, impedisse outros órgãos de dar cumprimento à Constituição.

Portanto, entendendo que a omissão também é uma forma de desvio de conduta, Mello deixa claro que deve ser objeto de apreciação do Judiciário, pois nenhum Poder da República pode desrespeitar a Constituição, de forma ativa ou passiva.

Diante disso, para o eminente Ministro, para que se garanta a supremacia da Constituição, o Judiciário deve agir. Com isso, se fortalece a postura ativista do STF.

Aliás, é interessante a transcrição de trechos de entrevista concedida a Márcio Chaer pelo Ministro:

É importante ressaltar que, hoje, o Supremo desempenha um papel relevantíssimo no contexto de nosso processo institucional, estimulando-o, muitas vezes, à prática de ativismo judicial, notadamente na implementação concretizadora de políticas públicas definidas pela própria Constituição que são lamentavelmente descumpridas, por injustificável inércia, pelos órgãos estatais competentes. O Supremo tem uma clara e nítida visão do processo constitucional. Isso lhe dá uma consciência maior e uma percepção mais expressiva do seu verdadeiro papel no desempenho da jurisdição constitucional (MELLO *apud* CHAER, 2006, p. 2).

Em seguida, demonstrando bastante conhecimento da corte e sobre os seus rumos, afirma o Ministro:

O ativismo judicial é um fenômeno mais recente na experiência jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal. E porque é um fenômeno mais recente, ele ainda sofre algumas resistências culturais, ou, até mesmo, ideológicas. Tenho a impressão, no entanto, de que, com a nova composição da Corte, delineia-se orientação tendente a sugerir, no plano da nossa experiência jurisprudencial, uma cautelosa prática de ativismo judicial destinada a conferir efetividade às cláusulas constitucionais, que, embora impondo ao Estado a execução de políticas públicas, vêm a ser frustradas pela absoluta inércia - profundamente lesiva aos direitos dos cidadãos - manifestada pelos órgãos competentes do Poder Público (MELLO *apud* CHAER, 2006, p. 2).

Com efeito, como já demonstrado em linhas pretéritas neste trabalho, o STF vem adotando uma linha de ação ativista, notadamente a partir do mandato de Gilmar Ferreira Mendes na presidência da corte. Não se olvide, ainda, da também já citada entrevista de Toffoli, na qual afirmou enxergar a necessidade da postura ativista da corte máxima de Justiça do Brasil.

Tratando do tema, Coelho (2010, p. 83, grifos do autor) chega à conclusão de que

[...] tudo isso ocorre de maneira *necessária*, não apenas em decorrência da insuprimível distância entre a generalidade/abstração das normas e a especificidade/concretude das situações da vida, mas também em razão das constantes alterações no prisma histórico-social de aplicação do direito, transformações que ampliam aquela distância, suscitando problemas de justiça material, que o juiz do caso está obrigado a resolver prontamente, até porque não pode aguardar - reitere-se -, as sempre demoradas *respostas* do legislador.

Nessa perspectiva, não seria exagerado dizermos que, ao fim e ao cabo, a tão combatida criação judicial do direito é apenas um *completamento* - de resto absolutamente indispensável - do trabalho do legislador, cujas opções normativas, ainda que fossem proféticas, jamais conseguiriam aprisionar nas malhas da lei toda a complexidade social. Numa palavra, para realizar materialmente o direito e possibilitar que se dê a cada um o que é seu, o legislador não prescinde, antes precisa, da participação do juiz [...].

Diante de todo o exposto, observa-se no ativismo judicial, de certa forma, uma evolução do direito. Para os que defendem a tese, o juiz, ao tomar uma postura ativista, não faz mais do que a sua obrigação. A Constituição existe para ter efetividade, e, se o órgão investido no poder de efetivá-la não o faz, por pura inércia que atende a interesses bastante distantes daqueles que motivaram a elaboração da Carta, cabe ao Judiciário agir.

Isso, dizem os defensores da tese, não significa invasão da esfera de competência do Poder Legislativo: é, antes, o cumprimento da função constitucional na qual foi investido o Poder Judiciário. O que não se pode admitir é que o Legislativo faça da omissão uma ação. É omissio porque não quer ver dado direito realizado. Como bem explicou Mendes, no seu voto no MI 670, já citado, o direito de greve do servidor público ainda não foi regulamentado por medo de que, assim, na verdade, se esteja *criando* o referido direito.

Esse tipo de postura do Legislativo acaba gerando uma redução da força normativa da Constituição e, de certa forma, desmoraliza a Lei Maior. Se a Carta Cidadã criou grande gama de direitos, não foi para que se tornassem letra morta, mas sim para atender ao anseio da população brasileira, que quer e merece ver seu direito a saúde, educação, cultura, meio ambiente e todos os outros ali previstos, especialmente a dignidade da pessoa humana, realizados.

Nessa linha de compreensão, o ativismo judicial representa um passo adiante na interpretação do direito, se mostrando como uma poderosa ferramenta para o atendimento dos anseios de uma sociedade que, apesar de ser regida por um texto que lhe garante mais direitos talvez que qualquer outro no mundo, não vê esses mesmos direitos ganharem a luz do dia.

Com a postura ativista do Judiciário, mormente do STF, abre-se um novo horizonte de possibilidades para a efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana no Brasil.

Não se pode olvidar, todavia, da advertência de Luiz Roberto Barroso, em entrevista concedida a Ito (2009), que lembra acertadamente que, se de um lado o ativismo judicial consegue cumprir o papel de tornar realidade mandamentos constitucionais que se encontravam ineficazes ante a inércia do Legislativo, por outro lado, a necessidade de que o Judiciário tenha essa postura demonstra a falência das instituições democráticas previstas na Constituição.

Ademais, é preciso lembrar que nem toda a doutrina, nem todos os operadores do direito enxergam o ativismo judicial da forma acima demonstrada, havendo os que considerem a prática uma violência contra o princípio da separação dos Poderes e o sistema de freios e contrapesos criado pelo constituinte. É justamente sobre essas opiniões que o presente trabalho passa, neste momento, a tratar.

3 O ativismo judicial como ameaça ao princípio da separação dos Poderes - invasão de competência própria de outros Poderes constituídos

Procurou-se demonstrar, nas linhas pretéritas, a visão dos que enxergam no ativismo judicial uma nova forma de ver a justiça, uma verdadeira modernização da jurisdição, que avança na tentativa de dar efetividade aos direitos da pessoa humana previstos na Carta constitucional de 1988.

Todavia, nem todos compartilham desse entendimento.

Antes de demonstrar as opiniões contrárias ao ativismo judicial, faz-se mister tratar, inicialmente, da questão da separação dos Poderes no ordenamento jurídico brasileiro.

A matéria é tão importante que é colocada no Título I da Constituição Federal, mais precisamente no artigo 2º, nos seguintes termos: "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário".

Conforme ensina Silva (2005, p. 108-109, grifos do autor):

A divisão de poderes consiste em confiar cada uma das funções governamentais (legislativa, executiva e jurisdicional) a órgãos diferentes [...] fundamenta-se,

pois, em dois elementos: (a) *especialização funcional*, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; assim, às assembléias (Congresso, Câmaras, Parlamento) se atribui a função Legislativa; ao Executivo, a função executiva; ao Judiciário, a função jurisdicional; (b) *independência orgânica*, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

Posteriormente, tratando da questão da *harmonia* entre os Poderes, ensina o célebre constitucionalista:

[...] os trabalhos do Legislativo e do Executivo, especialmente, mas também do Judiciário, só se desenvolverão a bom termo se esses órgãos se subordinarem ao princípio da harmonia, que não significa nem o domínio de um pelo outro nem a usurpação de atribuições, mas a verificação de que, entre eles, há de haver consciente colaboração e controle recíproco (que, aliás, integra o mecanismo), para evitar distorções e desmandos. A desarmonia, porém, se dá sempre que se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um em detrimento de outro (SILVA, 2005, p. 108-109).

Importante a ressalva feita pelo mestre de que haverá desarmonia quando se acrescem atribuições, faculdades e prerrogativas de um Poder em detrimento de outro. Será que não se encaixa aí o ativismo judicial?

No mesmo tema da separação dos Poderes, ensina Lenza (2010, p. 400):

[...] as atribuições asseguradas não poderão ser delegadas de um Poder (órgão) a outro. Trata-se do princípio da indelegabilidade de atribuições. Um órgão só poderá exercer atribuições de outro, ou da natureza típica de outro, quando houver expressa previsão (e aí surgem as funções atípicas) e, diretamente, quando houver delegação por parte do poder constituinte originário, como, por exemplo, ocorre com as leis delegadas do art. 68, cuja atribuição é delegada pelo Legislativo ao executivo.

Como ressalta o autor, as atribuições de um Poder não poderão ser delegadas a outro, salvo expressa autorização na Constituição. Nesse contexto, parece tormentoso legitimar o ativismo judicial, já que, em tese, representa o exercício da função legislativa pelo Judiciário.

É de se trazer à baila, ainda, a lição de Moraes (2008, p. 407):

Não existirá, pois, um Estado democrático de direito, sem que haja poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicos entre si, bem como previsão de direitos fundamentais e instrumentos que possibilitem a fiscalização e perpetuidade desses requisitos. Todos estes temas são de tal modo ligados que a derrocada de um, fatalmente, acarretará a supressão dos demais, com o retorno do arbítrio e da ditadura.

Lembrando as lições de Silva (2005) já citadas, existe desarmonia se um Poder começa a exercer atribuições de outro. E, se sem harmonia entre Poderes não pode haver Estado Democrático de Direito, para onde, então, o ativismo judicial conduzirá o Estado brasileiro?

Elival da Silva Ramos, autor de obra que já pode ser considerada de referência sobre o tema, deixa claro em sua classificação de ativismo judicial que este representa um "exercício da função jurisdicional além dos limites impostos pelo próprio ordenamento jurídico que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar" (RAMOS, 2010, p. 308).

Ou seja, para o autor, o ativismo representa, sim, desarmonia entre os Poderes. Comungando esse entendimento com as lições dos outros doutrinadores citados na presente seção, o ativismo pode ser visto, de certa forma, como uma ameaça ao equilíbrio dos Poderes do Estado.

São interessantes sobre o tema as lições de Coelho (2009, p. 80-81, grifos do autor):

Nesse contexto de *ativismo judicial*, alguns juristas mais enfáticos chegam a anunciar, entre nós, um sensível deslocamento do centro das decisões politicamente relevantes do Legislativo e do Executivo - por eles reputados inertes -, em direção ao Poder Judiciário, porque acreditam que a *nova magistratura* estaria disposta a resgatar as promessas de emancipação social inseridas na Constituição de 1988. [...]

Intérpretes finais da Constituição e Juizes últimos de sua própria autoridade, as modernas cortes constitucionais - de resto com ampla aceitação nas sociedades democráticas - acabaram se transformando em *quarto poder, gabinete na sombra, variante do poder legislativo, legislador complementar, parlamento de notáveis, legislador positivo, juiz soberano, contracapitão, instância suprema de revisão* ou, ainda, em verdadeira *constituente de plantão*, confirmando, assim, as célebres palavras de Charles Hughes - então Governador do Estado de Nova York e, depois, membro da Suprema Corte dos Estados Unidos - quando afirmou que os americanos viviam sob uma Constituição, mas que essa Carta Política era aquilo que os juizes diziam que ela o era.

Parece ser essa uma das principais preocupações em relação aos "Juízes políticos", ou ativistas: as cortes constitucionais acabam se tornando juízes delas próprias. A Constituição existe e tem validade, mas o que nela está escrito é o que o Judiciário disser que está escrito. Mas a que autoridade se vinculam os juízes das cortes constitucionais? A quem se submetem os Ministros do STF em nosso país? E se nesse dizer da Constituição, nessa criação judicial do direito pelos políticos do Judiciário, se criar uma norma que não é o que os representantes legítimos do povo votaram e transformaram em Constituição? Quem poderá deter esses "constituintes de plantão"?

Aliás, importante lembrar a advertência de Habermas citado por Streck, para quem a politização do Judiciário não seria um fenômeno a ser encarado de forma positiva. Segundo Streck (2003, p. 687), Habermas:

Critica, assim, a idéia de concretização dos valores materiais constitucionais, aludindo que 'ao deixar-se conduzir pela idéia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária'.

Com efeito, esse é um dos maiores - senão o maior - medos que decorrem do ativismo judicial: ao concentrar-se muito poder na mão de apenas um dos Poderes do Estado, há o risco de que o uso inadequado daquele acabe levando ao autoritarismo - com o perigo de estarem os Ministros da Suprema Corte sujeitos, como já mencionado anteriormente, somente à própria autoridade.

No Brasil, não faltam vozes, também, a criticar o ativismo.

Na matéria intitulada *Ativismo judicial estica limites da justiça*, Milício (2009) cita alguns exemplos de atuações "ativistas" de juízes:

Recentemente, um juiz da cidade de Taperoão (PB) determinou toque de recolher às 21h para menores de 12 anos. Em Conceição de Coité (BA), um juiz condenou um homem por furto, mas não mandou para cadeia. A pena, neste caso, foi arrumar um emprego. Na Paraíba, o toque de recolher imposto teve como base os altos índices de violência na região. Na Bahia, o juiz agraciou o acusado por entender que ele passou a infância e adolescência lançado à sorte, esquecido pelo Estado.

Como se pode observar, os juízes estão agindo, em muitos casos, como verdadeiros legisladores, atuando além do espectro de interpretação da norma, para criá-la conforme o caso concreto. Fica a pergunta: qual o limite para tal "criatividade"?

Aliás, as posturas acima citadas ilustram bem a preocupação de Luiz Flávio Gomes, citado em Milício (2009). Para ele:

O ativismo praticado pelas instâncias inferiores, em aparo aos desfavorecidos, é tão preocupante quanto ao praticado pelo STF. O juiz não tem legitimidade democrática do povo para inventar regras [...]. Se a norma é inconstitucional, cabe ao juiz declará-la inconstitucional. Se esse juiz resolve flexibilizar demais seus entendimentos, deixa valerem suas ideologias. Seja de direita ou esquerda, essas posições deslegitimam o Judiciário. Vira um deus nos acuda. Todo mundo interpreta a sua maneira (GOMES *apud* MILÍCIO, 2009).

Um ponto relevante sobre o tema é levantado por Luiz Flávio Gomes. Quando o juiz, que não foi eleito pelo povo, passa a "legislar", a sua ideologia acaba transparecendo nos seus atos. Na prática, o Poder Judiciário se tornaria palanque de ideologias pessoais, podendo haver interferências de preferências políticas, religiosas, afetando a imparcialidade do julgador. É claro que um magistrado não é um autômato e suas crenças de uma forma ou de outra influenciarão seu julgamento. Mas daí a ele criar leis com essas crenças, sem debate, sem legitimação popular e sem um processo legislativo, há uma enorme distância.

Appio (2009, p. 3) explica que o ativismo nada mais é do que "uma ferramenta através da qual se expressam ideologias, não possuindo um conteúdo verdadeiro, mas antes permitindo que o debate político se dê, de forma exclusiva e irrecorrível, dentro do Supremo e não no Congresso Nacional".

Bastante válida a crítica. Afinal, no processo legislativo há debates, emendas a projetos, casas revisoras, possibilidade de veto presidencial. No STF, uma vez feita a lei pelos Ministros, estará criada, de forma irrecorrível, com efeitos contra todos. Onze juizes indicados farão as vezes de 513 deputados e 81 senadores votados por mais de uma centena de milhões de brasileiros.

Franco (2009, p. 1) deixa clara a sua preocupação, quando afirma, no que chama de um "dilema shakespeariano":

Se, contra o legislador, pode-se vetar a lei; se, contra o Executivo, pode-se coibir arbitrariedades; o que se poderá fazer contra o Judiciário quando, a pretexto de julgar, extrapola os limites da separação dos Poderes, criando, disfarçadamente, normas jurídicas de eficácia abstrata?

Quem, senão o próprio Judiciário, pode impedir sua atuação como legislador positivo?

Eis, de fato, o "dilema shakespeariano" do tema. Quem vai dar limites à atuação do Judiciário, quando, a pretexto de ser ativista, estiver usurpando atribuições de outro Poder constituído?

Mais adiante, explica o mesmo autor:

Como se vê, as decisões do STF têm sempre muita importância no contexto geral do direito. Já se sabe, ademais, que o STF, em processos objetivos, não pode legislar positivamente, podendo, quando muito, assim o fazê-lo de modo negativo, quando decide ou quando fundamenta os motivos determinantes em decisão, por exemplo, de ação direta de inconstitucionalidade de lei ou de atos normativos.

É claro que, em tais processos ditos objetivos, a decisão definitiva do STF terá eficácia erga omnes e efeitos vinculantes.

Entretanto, nos processos de natureza subjetiva, tal eficácia e tal efeito não podem ocorrer. Por quê?

Porque, em primeiro lugar, a própria Constituição Federal pontua, no inciso II do artigo 5º, que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei.

Ora, em virtude de lei não é a mesma coisa que em virtude de decisão judicial. Eis a essência do princípio da legalidade que difere do princípio da reserva legal (FRANCO, 2009, p. 2).

Eis aqui uma crítica extremamente forte ao ativismo judicial. A Constituição é clara ao determinar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei". E é óbvio que, por lei, a Constituição não quis dizer a "norma do caso concreto", como se chama a decisão ativista. Quis dizer, sim, a lei, seja ela de que espécie for, criada pelo Poder Legislativo, pelos legítimos representantes do povo eleitos pelo processo democrático.

Jurisprudência não é lei. Logo, não teria, em tese, legitimação constitucional um dever de agir criado por decisão judicial e não amparado em uma lei do Estado.

Outro problema surge quando o Judiciário, sob pretexto de dar efetividade à Constituição, acaba por formular políticas públicas, usurpando atribuições dos Poderes Executivo e Judiciário. Como adverte Rands (2008):

O problema surge quando, à guisa de preservar a Constituição ou de interpretá-la, o juiz extrapola seus poderes e passa a formular políticas públicas (ou cancelá-las), às vezes impondo suas preferências pessoais. O ativismo judicial, um fenômeno há muito discutido aqui e alhures, pode ser definido como o ato de "ignorar o pleno significado da Constituição em favor da visão pessoal do juiz" (Kermit Roosevelt 3º, "The Myth of Judicial Activism", 2006). Ou como a substituição dos Poderes Executivo e Legislativo pelo Judiciário na formulação e execução de políticas públicas.

Pode significar a alienação da soberania popular, expressa através dos mandatários eleitos pelo sufrágio

universal, transferindo-a a um corpo técnico não eleito. Um recente *best-seller* sobre esse debate nos Estados Unidos (Mark Levin, "Men in Black: How the Supreme Court is Destroying America", 2005) alega que alguns juízes 'têm abusado do seu mandato constitucional ao impor suas crenças e preconceitos pessoais ao restante da sociedade. E, assim, têm elaborado a lei, mais do que interpretado-a'.

Com efeito, como já exaustivamente debatido, o ativismo pode representar um perigo ao Estado Democrático de Direito na medida em que, sob alegação de cumprir a Constituição, juízes acabem por impor seus sistemas de crenças ao resto da sociedade. Teme-se que chegue o momento em que, como citado por Rands, os juízes mais legislem do que julguem.

Ao fim, adverte o Deputado Federal:

No Brasil, esse debate se torna necessário para o próprio fortalecimento da legitimidade do Judiciário. Muitas das ações que lhe têm sido submetidas buscam pronunciamentos que, em verdade, são da responsabilidade dos outros Poderes. E, com isso, desvia-se o Judiciário das suas reais atribuições, em desserviço ao seu augusto papel de garantidor do Estado Democrático de Direito (RANDS, 2008).

De fato, ao exercer atribuições de outro Poder, o Judiciário desvia-se da sua nobre missão constitucional. Como lembra Oliveira (2009, p. 2), "o Poder Judiciário é órgão singular da soberania estatal, mas não está sozinho na tarefa de realizar os valores da democracia. Neste sentido, toda norma deve ser emanada do Poder Legiferante".

Ora, parece até arrogante pensar que o Judiciário é o arauto da esperança da população de ver concretizados os valores constitucionais. Nesse contexto, faz sentido a crítica de Oliveira (2009, p. 2), para quem:

A necessidade de justiça não pode ter como fundamento uma atuação e uma postura ativista do Poder Judiciário. Enquanto este estiver obrigado a cumprir sua função jurisdicional, deve ser orientado pela separação dos poderes e sua atuação só será eficaz se houver harmonia entre os órgãos soberanos dos poderes do Estado, pois cada um deles tem a sua independência, não exercendo domínio sobre outro. A Constituição não deixa expresso que o Supremo poderá fixar datas para o Poder Legislativo.

Sem dúvida, não obstante não se possa negar que tem havido resultados positivos para a sociedade com algumas posturas ativistas

do STF, há uma grande dificuldade em encontrar legitimidade na ação do Tribunal, quando sua decisão cumpre o dever de outro Poder. Em tese, seria cumprir a Constituição violando-a. Uma contradição em termos.

Na prática, o ativismo pode redundar em desarmonia entre os Poderes e acabar por descumprir a Constituição, perdendo, assim, sua validade como forma de efetivação da Carta Magna.

Nesse sentido, para Oliveira (2009, p. 4):

Toda inércia inconstitucional dever ser suprida respeitando-se a separação dos poderes, porque a própria Constituição determina os meios processuais, não cabendo ao Poder Judiciário formular políticas públicas que constituem encargos jurídicos dos poderes públicos. A intervenção para satisfação dos direitos constitucionais não pode partir de uma ofensa à harmonia entre os poderes, pois as formas de utilização da hermenêutica constitucional devem estar dentro dos limites constitucionais.

O autor reafirma: "a retração do Poder legislativo não pode ser argumento para extrair o máximo das potencialidades da Carta Republicana, criando o ativismo judicial" (OLIVEIRA, 2009, p. 3).

Ou seja, seria preciso encontrar uma forma de dar efetividade à Constituição sem que, para isso, houvesse interferência do Judiciário na esfera de atribuições do Legislativo ou do Executivo.

Flávio Dino também entende que o STF vem exacerbando as suas atribuições. O autor falou para a revista *Época*, em matéria reproduzida no portal Consultor Jurídico:

Flávio Dino defende que o Supremo tem ido além de sua atribuição. De acordo com o deputado, hoje o STF tem a composição mais ativista de sua história. Por isso, é natural que os ministros discutam políticas públicas, como a utilização de células embrionárias em pesquisa científica. "Mas é inquietante que 11 ministros transformem essa discussão num arbitramento judicial acerca do momento em que a vida começa. Há votos que parecem leis, normatizando o futuro com múltiplos parágrafos, incisos e alíneas, entretanto com um grave defeito: não são frutos de um processo legislativo", afirma o deputado federal.

"Quando o órgão de cúpula lidera os excessos, este é o sinal que chega a toda a estrutura do Judiciário, dando margem à multiplicação de excessos. Quando, por exemplo, o Tribunal Superior Eleitoral edita uma 'lei' sobre fidelidade partidária, juízes eleitorais espalhados pelo Brasil são estimulados a editar normas locais para o processo eleitoral, provocando confusão e insegurança jurídica", defende.

Para Dino, "há que se encontrar um meio-termo, no qual o Judiciário tenha protagonismo, porém deixe uma margem livre para o exercício razoável da política e valorize as opções legislativas ou governamentais. Nas circunstâncias de hoje, começam a se evidenciar os males do ativismo sem limites (FLÁVIO DINO..., 2008).

Como já exaustivamente citado ao longo do presente trabalho, um dos grandes problemas do ativismo judicial é a falta de uma forma de limitação da atuação do Judiciário.

A partir do momento em que os órgãos julgadores, sob pretexto de ativismo judicial e concretização das promessas constitucionais, começam a assumir intensamente a função legislativa, há o risco de um duplo prejuízo: haverá usurpação da função legislativa e, conseqüentemente, o Judiciário estará se distanciando de sua função básica, que é julgar, e não fazer política, legislar ou criar políticas públicas.

Sobre a matéria, traz-se novamente a opinião de Ramos (2010), talvez o mais ferrenho opositor da doutrina do ativismo judicial no Brasil, tendo escrito tese em que critica o instituto.

Inicialmente, veja-se o que diz Dworkin (*apud* Ramos, 2010, p. 135-136):

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 o 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. [...] A alternativa ao passivismo não é um ativismo tosco, atrelado apenas ao senso de justiça de um juiz, mas um julgamento muito mais apurado e discriminatório, caso por caso, que dá lugar a muitas virtudes políticas mas, ao contrário tanto do ativismo quanto do passivismo, não cede espaço algum à tirania.

Novamente, surge a crítica ao ativismo no prisma de que o Juiz ativista tenta impor a sua visão de mundo, seu ponto de vista, correndo-se o risco de desbordar-se numa tirania judicial.

Por isso é que o ativismo judicial pode acabar por se tornar uma séria ameaça ao sistema de *checks and balances*, gerando o predomínio do Judiciário sobre os outros Poderes constituídos.

Vale citar, aqui, a lição de Ramos (2010, p. 139), para quem:

No caso de textos normativos veiculadores de conceitos indeterminados, a incursão do Poder Judiciário na zona

de significação dúbia, conquanto não se possa afirmar desbordante do dispositivo de base, pode importar em obstaculização do exercício de discricionariedade legislativa ou administrativa assentada no princípio da separação dos Poderes, princípio esse que resultaria, afinal, violado.

Observe-se que o autor afirma textualmente que o ativismo judicial gera violação à separação dos Poderes. Ou seja, a postura judicial ativista violaria o art. 2º da Constituição Federal de 1988. Assim, como já afirmado, a pretexto de cumprir a Constituição, o Judiciário, na verdade, estaria violando-a.

Mais adiante, afirma o Ramos (2010, p. 141-142):

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que deveriam ser sopesados por outro poder etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação constitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só. Se o caso envolve o cerceamento da atividade de outro Poder, fundada na discricionariedade decorrente de norma constitucional de princípio ou veiculadora de conceito indeterminado de cunho valorativo, a par da interferência na função constituinte, haverá a interferência indevida na função correspondente à atividade cerceada (administrativa, legislativa, chefia de Estado etc.). É de se ressaltar, portanto, que o ativismo judicial em sede de controle de constitucionalidade pode agredir o direito vigente sob dois prismas diversos: pela deformação da normatividade constitucional e pela deformação, simultaneamente ou não, do direito infraconstitucional objeto de fiscalização, nessa última alternativa mediante, por exemplo, a indevida declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade de dispositivo legal ou de variante exegética a partir dele construída.

A advertência posta acima não é simples e não pode ser ignorada. As posturas ativistas podem acabar por deformar a Constituição, extraindo dela o que não quis dizer o constituinte, além de existir a possibilidade de invasão de competência de Poderes muito mais qualificados (ao menos em tese), para exercer as atribuições constitucionalmente outorgadas. Ou seja, ao afirmar cumprir os desejos emanados da Constituição, o Judiciário acabaria por afrontá-la duplamente!

Mais adiante em sua obra, tratando da decisão do STF acerca da fidelidade partidária, Ramos (2010, p. 250) afirma catego-

ricamente que "a afirmação de um princípio constitucional não pode servir de pretexto argumentativo ao Poder Judiciário para impor normatização que ultrapasse os lindes de sua competência, antes executória do que criadora de normas disciplinadoras de conduta".

E, continuando suas críticas ao Tribunal, afirma:

A atuação do Supremo Tribunal Federal para além dos limites que o sistema constitucional brasileiro impõe à função jurisdicional fica ainda mais nítida quando se examinam as conseqüências extraídas da tese principal da perda de mandato por desfiliação partidária. Se do princípio da representação proporcional, conjugado com o do monopólio partidário das candidaturas, decorre a perda de mandato por desfiliação, deveria ter o STF se limitado a constatar a ocorrência, determinando à Presidência da Câmara a convocação de suplentes filiados aos partidos que faziam jus às vagas que, dessa forma, tivessem sido abertas. Todavia, desde o exame da matéria do âmbito do Tribunal Superior Eleitoral, percebeu-se que a atribuição de efeitos meramente declaratórios à decisão sobre a perda de mandato por desligamento do partido de origem seria extremamente insatisfatória, podendo, inclusive, provocar injustiças gritantes em casos de infidelidade programática promovida pela cúpula partidária ou de seguições internas de outro matiz. Nunca é demais lembrar que a disciplina da matéria sobre a Constituição de 67/69 (EC n. 11/78) contemplava uma exceção à perda de mandato dos parlamentares que viessem a se desligar do partido pelo qual se elegeram, que era a participação na fundação de uma nova legenda. Incitado pelas decisões de nossa Corte Constitucional, o TSE, sob abrigo formal do preceito do inciso XVIII, do artigo 23, do Código Eleitoral, editou a resolução 26.610, de 25-10-2007, disciplinando o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de filiação partidária. A partir dessa resolução e em função dela: firmou-se o caráter constitutivo da decisão sobre a perda de mandato em caso de troca de legenda (art. 1º, *caput*); atribuiu-se a competência decisória ao TSE, no caso de mandatos federais, e aos Tribunais Regionais, nos demais casos (art. 2º); assegurou-se a ampla defesa aos interessados, mediante completa regulação do procedimento judicial; estabeleceu-se um elenco fechado de justas causas, hábeis a elidir a perda de mandato (art. 1º, § 1º). Não é preciso muito esforço para perceber que a Justiça Eleitoral, escorada no teor das decisões do Supremo de 4 de outubro de 2007, construiu inteiramente um instituto (a perda de mandato por desfiliação partidária), indo muito além da força prescritiva do princípio da representação partidária proporcional (RAMOS, 2010, p. 253-254).

Observa-se, no caso, que o Judiciário criou normas e até mesmo um processo de perda de mandato, agindo como legislador positivo. Nesse caso, parece claríssimo o ingresso na esfera de atribuições de outro Poder do Estado. E, dessa forma, como fica o disposto no art. 2º da Constituição Federal de 1988?

Para legitimar-se o ativismo judicial, é preciso encontrar uma resposta convincente para esse questionamento.

Continuando, Ramos (2010, p. 264-266) trata do caso do Município de Santo André, que, em várias ações que chegaram ao STF, foi condenado a praticar certas políticas públicas garantidas na Carta Magna por normas de caráter programático, às quais o STF deu eficácia imediata (e, de certa forma, praticou políticas públicas):

Em algumas decisões, sempre tendo no pólo passivo o Município de Santo André, o Supremo Tribunal Federal atribuiu eficácia plena à norma do artigo 208, inciso IV, da Constituição, que estabelece o dever do Poder Público de assegurar educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até cinco anos de idade, obrigação essa que recai, precipuamente, sobre os Municípios, por força do disposto no § 2º, do artigo 211, da Lei Maior.

Ao assim proceder, reconheceu a Corte, ao menos implicitamente, que se estava diante de norma de eficácia limitada e de natureza programática, cuja efetiva implementação, mais do que de integração legislativa, dependeria da execução de políticas públicas adequadas, a cargo dos Poderes Legislativo e Executivo, afirmando caber ao Poder Judiciário, contudo, um poder de controle do cumprimento dessas tarefas demandadas pela Constituição, inclusive com a possibilidade de prolação de decisões impositivas de medidas destinadas a assegurar a fruição do direito subjetivo proclamado. Em outros termos, no entendimento sufragado nesses julgados, a omissão das providências legislativas e administrativas reclamadas ao Poder Público para a concretização de normas assecuratórias de direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional, autorizaria ao Poder Judiciário a conrolá-las em normas de eficácia plena e aplicabilidade imediata, o que daria amparo a decisões condenatórias em face da entidade federativa omissa.

[...]

Não é dado ao Poder Judiciário definir, discricionariamente, o nível de eficácia de norma constitucional, em sede de direitos fundamentais ou não. Se a análise dos elementos interpretativos pertinentes, com destaque, na espécie, para os de ordem sistemática, histórica e teleológica, bem como, secundariamente, para os dados extraídos da realidade material, indica a natureza programática da norma-matriz, não é lícito à Corte Constitucional, sob o argumento da fundamentalidade do direito nela expresso, conjugado com referências gené-

ricas ao princípio da força normativa, ignorar a opção prescritiva adotada, inequivocamente, pela Constituição, a qual torna dependente de providências integrativas de amplo espectro (que vão da formulação de políticas públicas adequadas à sua cabal execução, abrangente de medidas legislativas, administrativas - normativas e não normativas - e orçamentárias) a implementação efetiva do direito contemplado.

De fato, cria-se um grande problema quando, sob o argumento de dar efetividade a preceitos constitucionais, o Judiciário acaba por formular políticas públicas, área que definitivamente não é de sua competência.

Em matéria de Lourenço Canuto, da Agência Brasil, publicada em 7 de maio de 2009, o Ministro da Saúde, José Gomes Temporão, afirma que o orçamento da saúde é prejudicado pela grande quantidade de decisões judiciais sobre a matéria:

O orçamento da saúde no país vem sendo prejudicado pelas medidas judiciais para fornecimento gratuito de medicamentos não registrados na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa) e pelas autorizações de procedimentos médicos igualmente não catalogados no Sistema Único de Saúde (SUS). A avaliação é do ministro da Saúde, José Gomes Temporão, que participou hoje (7) de audiência pública no Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Ele questionou a aptidão da Justiça para tomar essas decisões, alegando que a área da Saúde adota os medicamentos e os procedimentos médicos de acordo com a eficácia e a viabilidade reconhecidos [sic] mundialmente. Temporão disse que o ministério se compromete a oferecer assessoria técnica aos juízes para auxiliar nas decisões judiciais e prometeu que a pasta também vai trabalhar para atualizar os protocolos clínicos ligados aos novos medicamentos e tratamentos. O ministro defendeu que deve ser evitado "o casuísmo que possa colocar em risco a saúde das pessoas", no caso dos medicamentos que não têm eficácia comprovada. A via judicial, segundo Temporão, deve ser utilizada em casos de omissão do gestor, "mas não pode quebrar a ética e a experiência médica". Segundo o ministro, o cumprimento de ordens judiciais pode tornar as autoridades de saúde "cúmplices de experiências que colocam em risco a saúde dos pacientes". Para ele, é necessário que exista evidência científica em relação ao uso de medicamento ou com relação a cirurgias não convencionais. O ministro da Saúde destaca que devem ser adotados "apenas medicamentos que tenham efeito colateral reversível". O registro de produtos na Anvisa, segundo lembrou, não significa que eles devam ser incorporados no dia a dia do SUS (CANUTO, 2009).

O artigo intitulado *O impacto das decisões judiciais na saúde* também critica o posicionamento judicial, nos seguintes termos:

Além disso, a prática da judicialização da saúde despolitiza o debate em torno do acesso igualitário à saúde porque o restringe ao poder judiciário e, finalmente, desequilibra todo e qualquer orçamento público ou privado, porque a ordem judicial deve ser imediatamente cumprida sem aguardar que verba específica seja destinada àquela finalidade (CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS LTDA, 2009).

Na prática, o Judiciário, ao "efetivar" o direito dos cidadãos que o procuram, pode, ao mesmo tempo, tornar o direito inacessível a diversos outros brasileiros, que verão as verbas destinadas de forma geral à população sendo gastas para atender a um caso específico, desequilibrando orçamentos públicos e dificultando o desempenho da gestão de serviços públicos.

No artigo intitulado *A Justiça e o Direito à Saúde*, Carlos Zamith Junior explica:

O aumento do número de ações judiciais que pleiteiam o custeio de medicamentos pela União e pelos Estados têm [sic] preocupado as secretarias de Saúde, que buscam estratégias para conter a demanda. Isto porque, muitas vezes, o cumprimento de decisões judiciais faz com que o orçamento da Saúde seja bloqueado. No Estado de São Paulo, R\$ 400 milhões foram gastos em ações judiciais no ano passado para atender a 30 mil pacientes (ZAMITH JUNIOR, 2008).

Portanto, o Estado de São Paulo gastou a quantia de R\$ 400 milhões, um número significativo, para atendimento de demandas pontuais, dinheiro este que, se destinado ao orçamento da saúde sem a interferência judicial, talvez alcançasse uma abrangência muito maior.

Longe de ser simples, a questão vem trazendo sérios problemas orçamentários ao governo, como mostra Abreu (2010):

Nos últimos cinco anos, o governo federal desembolsou R\$ 191 milhões, segundo dados da Advocacia-Geral da União (AGU), com o cumprimento de decisões judiciais que o determinaram a pagar tratamentos não contemplados pelo Sistema Único de Saúde (SUS). Em 2005, a União gastou R\$ 2,4 milhões em ações judiciais para aquisição de remédios. O número contrasta com os R\$ 95,3 milhões empenhados em 2009 para o mesmo fim, o que mostra um aumento de 40 vezes nas despesas do governo decorrentes de sentenças favoráveis ao cidadão. A tendência, a partir do entendimento

firmado pelo STF, de que o Poder Executivo deve arcar com os custos médicos de quem comprovar não ter renda para bancar o tratamento, é que o rombo no orçamento destinado à saúde aumente de forma ainda mais clara.

[...]

Ao Correio, a secretária-geral de Contencioso da AGU, Grace Mendonça, alegou que o pagamento dos medicamentos de alto custo gera um "desequilíbrio em todo o sistema de saúde". Ela, porém, ponderou que "a posição da União é a de jamais deixar de reconhecer o seu dever constitucional de assegurar o direito de acesso à saúde ao cidadão".

"Os recursos estatais para a efetivação deste direito social são finitos, de modo que a judicialização indiscriminada no fornecimento de medicamentos à população representa sério risco à desestruturação por completo da própria política pública que se busca salvar", destaca trecho da defesa apresentada pela União em processo julgado no STF na última quarta-feira.

Como se observa, a formulação de políticas públicas pelo Judiciário, em decisões de viés ativista, acaba por gerar desequilíbrio orçamentário e dificultar a execução da gestão dessas mesmas políticas públicas pelo Poder competente.

Outro problema é que direitos de caráter geral e abrangência universal acabam sendo concedidos individualmente, em detrimento dos demais beneficiários do serviço que, muitas vezes, não têm meios de ingressar judicialmente ou até nem sabem dessa possibilidade.

Portanto, é preciso que haja ponderação sobre os supostos benefícios trazidos pelo ativismo em contraste com as consequências dessa postura pelo Poder Judiciário, pois, como demonstrado, por mais nobres que sejam as intenções, a invasão de competências pode gerar desordem na gestão das políticas públicas às quais se estaria dando efetividade.

Outrossim, o risco de violação ao artigo 2º da Constituição Federal não pode ser olvidado, porquanto traria uma verdadeira "ditadura do Judiciário", que concentraria em suas mãos o poder de julgar, legislar e, ainda, executar as suas decisões. Tal situação colocaria em risco a República e o Estado Democrático de Direito.

Ao Judiciário cabe um papel extremamente nobre, de fiscalização dos demais Poderes constituídos, devendo agir sempre que provocado, mesmo porque a jurisdição é inafastável a quem a procura, nos termos do artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal. Todavia, o Judiciário não é legislador (não tipicamente), tampouco administrador público (novamente, falamos de atribuições típicas).

Portanto, é preciso ter cuidado ao se decidir, para que não invada a competência de outras esferas de Poder, abalando, assim, o sistema constitucional de *checks and balances*.

Destarte, é preciso que haja bom senso do Judiciário, para que não viole frontalmente a Constituição Federal, sob o pretexto de estar-lhe dando efetividade. Todas as normas constitucionais devem ser cumpridas, não podendo o julgador escolher ignorar algumas em prol de outras.

Conclusão

Após os estudos postos nas linhas pretéritas, chega-se à conclusão de que ocorre ativismo judicial quando o Judiciário, atuando de forma atípica, ingressa numa seara que seria a princípio do legislador, criando às vezes uma "norma do caso concreto", com o intuito de efetivar direitos previstos na Constituição, mas que se encontram sem efetividade em virtude da inércia do Legislativo ou do Executivo.

Enquanto alguns enxergam no ativismo um verdadeiro dever de agir do Judiciário, tratando-se, na verdade, de uma releitura do princípio da separação dos Poderes, outros entendem se tratar de uma ameaça a esse mesmo princípio, porquanto não seria dado a um Poder atuar na esfera de competências dada a outro pela Constituição.

Fato é que, no que depender do STF, o ativismo judicial veio para ficar, tendo a corte, atualmente, uma composição que parece ser altamente favorável ao instituto, já tendo demonstrado isso nas decisões sobre o direito de greve do servidor público e sobre a fidelidade partidária, para citar dois exemplos.

Se causa uma ameaça à separação dos Poderes, não se pode negar também que o ativismo é uma arma poderosa para se lutar contra a inércia do Legislativo e do Executivo, que, atendendo a interesses que não se coadunam com as ideias que levaram à criação da Carta Magna, vêm reiteradamente descumprindo seus respectivos deveres de agir, fazendo com que muitos direitos garantidos na Lei Maior nunca vejam a luz do dia.

É preciso, todavia, haver muito cuidado, pois a Constituição é clara ao determinar que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" e, claro, decisão judicial não pode ser considerada lei. Outrossim, ainda não se sabe ao certo quais seriam os limites da atuação do Judiciário no exercício do ativismo, tampouco como se poderia limitar os seus poderes.

Talvez, no estágio atual do instituto no Brasil, mais ponderada seja a opinião de Luiz Roberto Barroso, que, em entrevista con-

cedida a Ito (2009), sabiamente, reconhece no ativismo judicial uma forma de garantir direitos mantidos à margem da sociedade; no entanto, adverte que o instituto não prova senão a ineficácia dos Poderes constituídos, fazendo com que a Constituição perca força normativa.

Resta, agora, acompanhar o desenvolvimento do instituto, para saber se ele vai se consolidar como garantidor de direitos fundamentais ou ser rechaçado por atentar contra o dogma da separação dos Poderes. O que se espera, na verdade, é que cada Poder cumpra o papel dado pela Constituição, para que a discussão ora travada se torne inócua pelo cumprimento das promessas existentes na nossa Carta Cidadã.

Referências

ABREU, Diego. STF obriga a União a bancar tratamentos de alto custo e reabre debate sobre recursos para a saúde. **Correio Braziliense**, 22 mar. 2010. Política, não paginada. Disponível em: <<http://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/182/2010/03/22/politica,i=181166/DECISAO+DO+STF+DE+OBRIGAR+A+UNIAO+A+BANCAR+TRATAMENTOS+DE+ALTO+CUSTO+REABRE+DEBATE+SOBRE+A+NECESSIDADE+DE+MAIS+RECURSOS+PARA+A+SAUDE.shtml>>. Acesso em: 15 jul. 2010.

APPPIO, Eduardo. Ativismo judicial só é admissível para as minorias. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 21 maio 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-21/ativismo-judiciario-admissivel-tutela-direitos-minorias>>. Acesso em: 11 set. 2009.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção nº 20/DF. Impetrante: Confederação dos Servidores Públicos do Brasil. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 19 de maio de 1994. DJ: 22/11/96. Disponível em:

<[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI\\$.SCLA.%20E%20NUME.%29%20OU%20%28MI.ACMS.%20ADJ2%20ACMS.%29&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MI$.SCLA.%20E%20NUME.%29%20OU%20%28MI.ACMS.%20ADJ2%20ACMS.%29&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 6 jul. 2010.

_____. Mandado de Injunção nº 670/ES. Impetrante: Sindicato dos Servidores Policiais Cíveis do Estado do Espírito Santo - SINDPOL. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Maurício Corrêa. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

_____. Mandado de Injunção nº 708/DF. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SITEM. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

_____. Mandado de Injunção 712/PA. Impetrante: Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará - SINJEP. Impetrado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, 25 de outubro de 2007. DJe 31/10/2008.

_____. _____. Revista trimestral de jurisprudência, Brasília, v. 207, n. 2, p. 461-912, jan./mar. 2009.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. Limites e possibilidades do protagonismo judicial. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-9, 6 jul. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-06/limites-possibilidades-protagonis-mo-judicial-omissao-legislativa>>. Acesso em: 11 set. 2009.

CANUTO, Lourenço. Temporão diz que orçamento da saúde é prejudicado por medidas judiciais. **Agência Brasil**, 7 maio 2009. Saúde, não paginada. Disponível em: <<http://agencia-brasil.ebc.com.br/arquivo/node/323220>>. Acesso em: 14 jul. 2010.

CARLINI ADVOGADOS ASSOCIADOS LTDA. **O impacto das decisões judiciais na saúde**. 2009. Disponível em: <http://www.carliniadvogados.com.br/ver_noticia2.asp?id=75>. Acesso em: 14 jul. 2010.

CARVALHO, Carlos Eduardo Araújo de. Ativismo judicial em crise. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2137, 8 maio 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12781>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

CHAER, Márcio. Entrevista: José Celso de Mello Filho. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 15 mar. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-mar-15/juizes_papel_ativo_interpretacao_lei>. Acesso em: 18 set. 2009.

COELHO, Inocêncio Mártires. Ativismo judicial: o caso brasileiro. In: Palestra proferida no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF), do Ministério Público do Estado do Pará, jun.

2010, Belém. Não paginada. Disponível em: <<http://www.osconstitucionalistas.com.br/ativismo-judicial-o-caso-brasileiro>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

_____. Ordenamento jurídico, Constituição e norma fundamental. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 1.

FLÁVIO DINO e Barroso discutem se STF extrapola limites. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 13 dez. 2008. Não paginada. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-dez-13/flavio_dino_barroso_discutem_stf_extrapola_limites>. Acesso em: 18 set. 2009.

FRANCO, Airton. Poder Judiciário não pode legislar positivamente. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-3, 11 fev. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-fev-11/sumula-nao-lei-judiciario-nao-legislar-positivamente>>. Acesso em: 18 set. 2009.

GOMES, Luiz Flávio. O STF está assumindo um ativismo judicial sem precedentes? **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2164, 4 jun. 2009. Não paginado. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=12921>>. Acesso em: 6 jul. 2010.

ITO, Marina. "Judicialização é fato, ativismo é atitude". **Consultor Jurídico**, São Paulo, 17 maio 2009. Não paginada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-17/judicializacao-fato-ativismo-atitude-constitucionalista>>. Acesso em: 21 jul. 2010.

KRELL, Andreas J. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na**

- Alemanha.** Os (des) caminhos de um Direito Constitucional "comparado". Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.
- LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 14. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais em espécie. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2009. Cap. 6.
- MILÍCIO, Gláucia. Ativismo judicial estica limites da Justiça. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 12 jul. 2009. Não paginada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-jul-12/ativismo-judicial-ainda-causa-polemica-comunidade-juridica>>. Acesso em: 11 set. 2009.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2008.
- OLIVEIRA, Jackson Max Soares de. O eventual ativismo no Supremo Tribunal Federal. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-5, 18 abr. 2009. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-abr-18/supremo-tribunal-federal-nao-legitimidade-legislar>>. Acesso em: 18 set. 2009.
- RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo Judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010.
- RANDS, Maurício. Problema surge quando juiz formula políticas públicas. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 14 maio 2008. Não paginado. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-mai-14/problema_surge_quando_juiz_formula_politicas_publicas>. Acesso em: 18 set. 2009.
- RONCAGLIA, Daniel. Ativismo judicial é necessário na omissão do Poder Público. **Consultor Jurídico**, São Paulo, p. 1-11, 23 abr. 2008. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2008-abr-23/ativismo_judicial_compensa_omissao_poder_publico>. Acesso em: 20 jul. 2010.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24. ed., revista e atualizada nos termos da Reforma Constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 8.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros Editores, 2005.
- STRECK, Lenio Luiz. Hermenêutica e concretização da constituição: as possibilidades transformadoras do direito. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 1, p. 681-712, jan./jun. 2003.
- TOFFOLI diz que STF deve atuar em casos de omissão. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 20 out. 2009. Não paginada. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-out-20/toffoli-stf-atuar-casos-omissao-congresso>>. Acesso em: 20 out. 2009.
- ZAMITH JUNIOR, Carlos. A justiça e o direito à saúde. **Diário de um juiz**, Manaus, 20 nov. 2008. Não paginado. Disponível em <<http://www.diariodeumjuiz.com/?p=1447>>. Acesso em: 14 jul. 2010.