



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Ativismo Judicial e a efetividade das normas constitucionais

Juliana Azevedo do Nascimento

Rio de Janeiro
2010

JULIANA AZEVEDO DO NASCIMENTO

Ativismo Judicial e a efetividade das normas constitucionais

Artigo Científico apresentado à Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, como exigência para obtenção do título de Pós- Graduação.

Orientadores: Prof^ª. Mônica Areal
Pof. Nelson Tavares

Rio de Janeiro
2010

ATIVISMO JUDICIAL E A EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

Juliana Azevedo do Nascimento

Graduada pela Universidade Cândido Mendes. Advogada.

Resumo: O trabalho procura trazer à tona uma discussão bastante atual a respeito do papel ativo do Judiciário. Envolve questões de omissão do Poder legislativo, interpretação constitucional, bem como a efetividade das normas constitucionais que versam sobre direitos e garantias fundamentais. Os riscos do ativismo envolvem a legitimidade democrática, a politização da justiça e a falta de capacidade institucional do Judiciário para decidir determinadas matérias. Contudo, procura-se demonstrar que o ativismo judicial trás mais benefício do que riscos para a realidade democrática do Brasil.

Palavras-chaves: Direito constitucional, ativismo judicial, papel ativo do judiciário, efetividade das normas constitucionais

Sumário: Introdução. 1. Ativismo Judicial como interpretação constitucional e a sociedade aberta dos intérpretes da constitucional. 2.0 A efetividade e eficácia das normas constitucionais. 3.0 O papel do STF na efetividade das normas fundamentais. 3.1 Será uma hegemonia do STF? 4.0 Ativismo judicial. 4.1 Ativismo judicial e o Princípio da Vedação ao retrocesso social. 4.2 Decisões ativas do STF. 4.3 Críticas ao ativismo judicial. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O início deste século é marcado por uma nova era do direito constitucional. As teses e teorias cedem espaço para o estudo da prática. Estuda-se mais sobre o que pensa o Supremo Tribunal Federal do que a doutrina como um todo. A cada dia analisa-se o pensamento e a postura dos Ministros do STF a respeito de alguns temas da mais alta

relevância para toda a sociedade e as políticas sociais.

Tudo isso é reflexo de uma sociedade cada vez mais exigente. Uma sociedade carente por justiça democrática, Justiça efetiva e eficaz ao alcance de todos. A sociedade não se contenta mais com a inércia da jurisdição e exige um judiciário ativo. Com tudo isso, acrescido por uma sociedade de massa que busca uma justiça mais célere e eficaz, o Judiciário resolveu arregaçar as mangas e pôs mãos a obra, originando o ativismo judicial.

A partir daí surge um novo Judiciário como forma de resposta para a sociedade. Surgem novas decisões do STF que buscam preencher o vazio deixado pelo Poder Legislativo e Executivo nas políticas públicas. Surgem novas reformas na legislação brasileira, tanto no Código de processo penal como no Código de processo civil, para se atender a celeridade de justiça tão almejada. Está cada vez mais evidente que a rapidez do mundo contemporâneo atinge o Judiciário. Foi-se o tempo em que se dizia que a justiça tarda mais não falha. Neste mundo globalizado em que vivemos, exige-se a celeridade como eficácia da justiça. O ativismo judicial também surge em busca de uma justiça célere e uma resposta rápida e eficaz para a sociedade.

Além de tudo isso, ganha mais forma a sociedade aberta aos intérpretes da constituição que enaltece o papel da democracia no estado social de direito e também contribui para a eficácia das normas constitucionais, bem como para uma maior concretude dos direitos e garantias fundamentais.

Em paralelo a esta onda de mudança e na mesma intensidade, surgem as críticas a todas esta mudança. Fala-se na hegemonia do STF, na politização do judiciário, na dificuldade contra-majoritária e principalmente na violação à Democracia.

Importante destacar que este trabalho visa a não somente a analisar o fenômeno do ativismo judicial, bem como a eficácia das normas constitucionais. Em suma, analisa-se o papel pro-ativo do Poder Judiciário como alternativa derradeira na solução da omissão ou

ineficiência do Estado.

1. ATIVISMO JUDICIAL COMO INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL E A SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO

O termo sociedade aberta dos intérpretes da constituição foi cunhada por Peter Haberle , BARROSO (2009) e visa instituir uma nova hermenêutica constitucional. A constituição passa a ser interpretada por todos os participantes da sociedade pluralista em que vivemos.

Assim, não só o juiz, o legislador, o administrador público e os órgão estatais seriam intérpretes da constituição, mas sim todos os cidadãos enquanto participantes de processos judiciais . Um cidadão que formula um pedido constitucional é um intérprete da constituição.

Desta forma, pode-se perceber que a interpretação constitucional à luz da sociedade aberta dos intérpretes da constituição é um instrumento de propagação da democracia. E mais, interpretar a constituição é um modo de aplicá-la.

A partir daí surge o ativismo judicial. Se interpretar a constituição é aplicá-la , não há como negar a concretude de tal fenômeno. Há que verificar que qualquer pessoa comum do povo realiza o processo de interpretação e o controle de políticas públicas. Qualquer indivíduo que interponha uma ação no judiciário com pedido baseado numa norma constitucional realiza a interpretação (ocorre o que se chama da teoria da sociedade aberta aos interpretes da constituição) e ao mesmo tempo requer uma atitude pro-ativa do judiciário na solução dos problemas, visto que há a omissão e descaso tanto do Poder Legislativo como do Executivo.

Frise-se, o intérprete da Constituição requer efetividade das normas constitucionais

e para isso pretende um ativismo judicial. Portanto, tal fato ratifica o poder judiciário na participação do Estado Democrático de Direito, bem como afasta a teoria da dificuldade contra-majoritária, que fundamenta o debate acerca de órgãos e agentes públicos não eleitos com o poder de afastar leis elaboradas por representantes escolhidos pela vontade popular.

Percebe-se que a ideia de democracia não se resume ao Governo da maioria. Há direitos da minoria que devem ser respeitados e necessitam de um papel pro-ativo dos juízes e da STF. O papel do Judiciário deve ser de resguardar o processo democrático, fomentando a sociedade aberta dos intérpretes da constituição, além de promover e concretizar os valores constitucionais através do ativismo judicial.

Pode-se perceber, inicialmente, que o ativismo judicial visa a fortalecer a democracia e não violá-la. Através da tese da sociedade aberta aos interpretres da constituição unida ao ativismo judicial há o fortalecimento da democracia. Qualquer indivíduo que vem ao judiciário formulando pedido com base na constituição está de certa forma interpretando-a. Ao mesmo tempo exige do Poder Judiciário uma resposta eficiente uma atitude pro-ativa.

2.0 A EFETIVIDADE E EFICÁCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS

A partir do século XX, ocorreram significavas alterações na visão das normas constitucionais, que passaram a ter status de norma jurídica. A constituição não é mais vista como um a documento essencialmente político, como apenas uma convite a atuação dos Poderes a segui-la.

Ocorreram também, significativas mudanças na visão dos princípios, que saíram do campo do abstrativismo, para se tornarem comandos de normatização. Não são mais comandos meramente descritivos de condutas específicas, mas sim normas que consagram

determinados valores ou indicam fins públicos a serem realizados por diferentes meios.

Assim, as normas constitucionais passam a serem alvo da revolução copernicana do direito, o ser humano passa a ser o foco central de todo o ordenamento jurídico, de onde emanam todas as normas e princípios. No mesmo sentido, ganha-se cada vez mais importância o estudo das normas constitucionais e sua eficácia, como também os direitos fundamentais do ser humano. Principalmente quando o tema é ativismo judicial, visto que é da norma constitucional que o Juiz encontra fundamento para a sua decisão proativa para o jurisdicionado, é com base nos princípios do acesso a justiça e a inafastabilidade de jurisdição que o Magistrado se baseia para garantir a eficácia da sua decisão.

Deve-se lembrar, inicialmente, que antes da decisão ser eficaz para o jurisdicionado, a norma constitucional deverá ser eficaz. Passemos ao estudo agora da eficácia das normas constitucionais.

Vigência é a existência específica da norma; eficácia é o fato de que a norma é efetivamente aplicada, é a capacidade de atingir objetivos previamente fixados como metas. Já o alcance dos objetivos da norma constitui a efetividade. Esta é, portanto, a medida da extensão em que o objetivo é alcançado, e tem relação com o produto final.

Logo, tratando-se de norma jurídica, fala-se em efetividade quando se refere a eficácia social, visto que o produto final objetivado pela norma se consubstancia no controle social que ela pretende, enquanto que a eficácia jurídica é apenas a possibilidade que isso venha a ocorrer. Assim, com base na doutrina SILVA(2007) pode-se afirmar que uma norma pode ter eficácia jurídica sem ser socialmente eficaz, isto é, gera certos efeitos jurídicos, mas não é efetivamente cumprida no plano social.

Partindo-se dos ensinamentos SILVA (2007,p.27) tem-se que: “Não há norma constitucional alguma destituída de eficácia. Todas elas irradiam efeitos jurídicos,

importando sempre uma inovação da ordem jurídica preexistente à entrada em vigor da constituição a que aderem a nova ordenação instaurada.”

Assim, pode-se concluir que se todas as normas têm eficácia , o que as diferencia é apenas o grau de produção de seus efeitos jurídicos.

Desta feita, a doutrina majoritária, aderindo aos ensinamentos de José Afonso da Silva, passou a classificar as normas constitucionais em três grandes grupos: normas constitucionais de eficácia plena; normas constitucionais de eficácia contida ; e normas constitucionais de eficácia limitada.

Na primeira categoria , estão normas que produzem efeitos a partir da entrada em vigor da Constituição. Já o segundo, também é constituído por normas que incidem imediatamente e produzem os efeitos queridos, mas preveem meios ou conceitos que matem sua eficácia contida a certos limites. Na terceira classificação, estão situadas as normas que não produzem seus efeitos, com a simples entrada em vigor da Constituição, necessitando da tarefa do legislador ordinário em normatizar a matéria. Nesta última a aplicabilidade é indireta, mediata , reduzida, visto que só atingem eficácia após a normatividade ulterior pelo legislador ordinário .

É exatamente nestas normas constitucionais, (normas de eficácia limitada) que necessitam da atuação do legislador ordinário que surgem as maiores celeumas , o que fazer diante da inércia do legislador ordinários? Estas e outras perguntas pretendemos responder ao longo de todo o texto.

3.0 O PAPEL DO STF NA EFETIVIDADE DAS NORMAS FUNDAMENTAIS

Há que ressaltar, inicialmente, que as maiores questões políticas e sociais do Brasil estão sendo decididas pelos órgãos judiciais, principalmente o STF.

Isto contribui para o papel ativo do Supremo Tribunal Federal na medida em que se transfere a este poder o papel decisivo na política brasileira. Assim, cada vez mais cresce a importância das decisões do STF juntamente com a cobrança da sociedade por justiça e de resolver o conflito de interesses no caso concreto.

Hoje , a sociedade brasileira não se contenta com uma simples declaração de mora legislativa, ou que o Poder Judiciário não pode adentrar no mérito da decisão administrativa do poder executivo. Exige-se cada vez mais uma decisão, uma sentença, uma resposta eficaz.

Desta forma, cresce em importância o papel do Judiciário na sociedade como um paliativo do sucateamento e omissão dos outros poderes. O Poder Judiciário tem relevante papel ativo para garantir a eficácia dos direitos e garantias fundamentais, e numa visão macro, evita-se o caos social.

Pode-se até verificar que está ocorrendo uma nova tendência social. Antes a sociedade exigia cada vez mais leis que pudessem prever tudo e regulamentar a maioria de todos os fatos sociais. Agora, pode-se perceber mesmo que tímida, certa mudança nesta visão. Perceberam que a inflação legislativa (o exagero de leis) não resolve todos os problemas, logo, exigiu-se um papel ativo do judiciário. A sociedade passa a exigir menos leis e mais decisões judiciais. De tudo isso, nasce o ativismo judicial.

Vê-se, desse modo, que, mais do que a simples positivação dos direitos sociais na Constituição Federal o ativismo se traduz e atua como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica . O Judiciário, principalmente o STF passa a ter, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição. Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento

formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito (como o direito à saúde) se qualifica como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

3.1 SERÁ UMA HEGEMONIA DO STF?

Insta dizer que há argumentos suficientes para responder a esta pergunta que serve de título e reflexão deste tópico com um solene não. Ora, não se trata de criar um modelo egocêntrico de hegemonia do Poder Judiciário.

A Judicialização das questões políticas existe. mas não se pode atribuir ao Supremo Tribunal esta idealização e sim a toda a sociedade brasileira, que leva ao STF as questões de alta indagação que os outros poderes se omitiram em resolver. Chega ao STF como alternativa derradeira na solução dos conflitos sociais.

O STF vem cumprindo o seu papel conforme dita a constituição, pelo menos em tese. E porquanto, parece que cumpre o ofício de dar uma resposta a sociedade quando provocado.

4.0 ATIVISMO JUDICIAL

O ativismo judicial nasce de uma atividade pro-ativa do poder judiciário, diante de uma omissão do Poder Legislativo. Isto ocorreu como meio de garantir e concretizar os direitos e garantias fundamentais previstos na constituição. De modo amplo, com o ativismo judicial processa-se concretizar os valores constitucionais que muitas vezes são esquecidos. Já

há quem conceitue o ativismo judicial da seguinte forma , num artigo publicado no site da OAB BARROSO (2009).“A ideia de ativismo judicial está associada a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes.”

Continua o Ilustre , ao explicar sobre a manifestação do ativismo judicial, dizendo que: “A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (i) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (ii) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (iii) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.”

A doutrina que narra sobre o tema ativismo judicial explana que as origens do ativismo judicial remontam à jurisprudência norte-americana. Há inúmeros registros apontando que o ativismo iniciou-se de maneira conservadora. Deu-se início o ativismo a partir da Suprema Corte Americana das seguintes decisões: *Dred Scott v. Sanford*, 1857 e *Era Lochner*, 1905-1937 .

A partir da década de 50, a situação se inverteu quando a Suprema Corte Americana, sob a presidência de Warren (1953-1969) e nos primeiros anos da Corte Burger (até 1973), resolveu se manifestar de modo progressista no que tange aos direitos fundamentais, sobretudo envolvendo negros (*Brown v. Board of Education*, 1954), e mulheres (*Richardson v. Frontiero*, 1973), tal como no tocante ao direito de privacidade (*Griswold v. Connecticut*, 1965) e no importante precedente a respeito da interrupção da gestação (*Roe v. Wade*, 1973).

Ao se falar em ativismo judicial, não pode deixar de antever o oposto a ele, qual

seja, a auto-contenção judicial. Esta pode ser conceituada como a conduta na qual o Judiciário procura reduzir sua interferência nas ações dos outros Poderes. Assim, os juízes e tribunais podem: 1) evitar de aplicar diretamente a Constituição a situações que não estejam no seu âmbito de incidência expressa, aguardando o pronunciamento do legislador ordinário; em outras palavras, o judiciário se afasta e se mantém inerte sem adentrar no âmbito legislativo; 2) utiliza-se de critérios rígidos e conservadores para a declaração de inconstitucionalidade de leis e atos normativos, ou seja, atua de modo limitado ao declarar a inconstitucionalidade; e 3) oculta-se e se abstém de interferir na definição das políticas públicas, isto é, o judiciário passa a ser mero espectador, aquela figura inerte que no passado reinava nos tribunais.

Contudo, até o advento da Constituição de 1988, o movimento de auto-contenção imperava no Judiciário no Brasil. Mas como já dito em linhas anteriores, o movimento ativista cresce cada vez mais afastando a auto-contenção do Poder judiciário. Há que ressaltar que principal diferença entre o ativismo judicial e a auto-contenção está em que, o primeiro procura sempre a máxima efetividade das normas constitucionais, já o segundo, limita e restringe a incidência da Constituição em das políticas sociais, permitindo, de certa forma as omissões inconstitucionais serão analisadas em breve.

4.1 ATIVISMO JUDICIAL E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

A todo momento, chegam ao judiciário ações com pedido de remédio e de custeio de tratamento médico pelo Poder Público. Estes são exemplos mais evidente do ativismo judicial, visto que na maioria os casos o juiz condena o Poder Público a dar o remédio e a custear o tratamento. Isto é pro-atividade do poder Judiciário, é puro ativismo judicial na medida em que se busca velar pelo direito à vida, à saúde pública eficaz a todos que dele

necessitam.

O STF já decidiu em diversos julgados que não pode opor o Princípio da reserva do possível ao princípio da saúde , à vida digna. Disso, pode-se deduzir que o Poder Judiciário tem o dever de atuar de modo pro-ativo , caso contrário , ocorrerá um verdadeiro retrocesso social. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da reserva do possível – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Espera-se que poder Judiciário afaste a simplória argumentação da administração Pública em alegar a reserva do possível e conceder, sempre que necessário que seja entregue o remédio ou que seja custeado o tratamento médico necessário ao convalescimento do ser humano.

Enquanto há este caos na saúde pública brasileira (falta de remédios, de hospitais adequados, de médicos, ...) o poder Judiciário deverá desempenhar este papel pro-ativo sob pena de ocorrer num verdadeiro retrocesso social.

Há que ressaltar que a lei processual civil já permite que o juiz desempenhe tal papel pro-ativo. O que antes era visto como violação ao Princípio da inércia jurisdicional ou quebra da imparcialidade do juiz . Um exemplo do que foi explanado é o art. 461 do CPC , em que o juiz poderá de ofício determinar as medidas necessárias para a efetivação da tutela específica.

Isto é ou não um ativismo judicial ? Certamente que sim e a tendência é que isto cresça cada vez mais . Frise-se que neste caso, fala-se no papel pro-ativo de todo e qualquer juiz , como se fosse um, ativismo difuso (em analogia ao controle de constitucionalidade

difuso) . Tal ativismo difuso serve também como forma de conceder maior eficácia as decisões judiciais . Isto enaltece o que já falamos no início deste tópico, qual seja, o querer da sociedade , uma resposta do judiciário a uma conflito social, ou simplesmente , um conflito de interesses.

Mas o objetivo deste trabalho é analisar o ativismo concentrado (novamente em analogia ao controle de constitucionalidade concentrado)aquele praticado pelo STF , e é o que passa a analisar.

4.2 DECISÕES ATIVAS DO STF

Torna-se cada vez mais evidente o ativismo judicial nas decisões do STF. O Poder Judiciário vem desenvolvendo um papel mais relevante no seio social, com decisões sociopolíticas abrangentes que afetam diretamente as relações sociais. Como já dito anteriormente, trata-se do fenômeno do ativismo judicial desempenhado pelo Supremo Tribunal Federal. Isto se deve a jurisdição constitucional feita pelos intérpretes da constituição com viés político-ideológico em suas decisões.

A Constituição Federal de 1988 inaugurou a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar os casos de omissão inconstitucional mediante dois mecanismos: a ação de inconstitucionalidade por omissão e o mandado de injunção.

Ao ser promulgada, a Constituição provocou impacto sobre o papel do Supremo no sistema político constitucional. É certo que dentre as competências do STF, está a de atribuição de eficácia e aplicabilidade dos direitos, prerrogativas e normas constitucionais. Logo, devido ao problema da omissão inconstitucional dos órgãos políticos (Executivo e Legislativo) em realizar a vontade constitucional. Para este mister, caberá ao Supremo a função de controlar e suprir tais omissões .

Frise-se que é através do mandado de injunção, da ADPF ou a ADIN por omissão é que o STF ganha competências positivas . Tais decisões são práticas de ativismo judicial? Passamos a analisar as decisões ativas do STF.

A decisão pioneira se deu no MI nº 283-5/DF em que o STF estabeleceu prazo para que fosse suprida a lacuna relativa à omissão inconstitucional. Foi instituída a mora legislativa. Na ementa do acórdão disse que : "Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para"; b) assinar o prazo de 45 dias, mas 15 dias para a sanção presidencial a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada".

O STF , mesmo que maneira tímida, adotou uma posição concretista e se mostrou adepto ao ativismo judicial. Cumpre acentuar, a importante questão a respeito da intervenção do Poder Judiciário em tema de políticas públicas, na ADPF 45/DF, o Rel. Min. Celso de Mello relata que o Supremo, devido à dimensão política outorgada a essa Corte, diz que "...não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais – que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (...) - , sob pena de o Poder Publico, por violação positiva ou negativa da constituição, comprometer de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional". Na própria ementa ficou consignado que é possível o controle pelo Poder Judiciário no que se refere as políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade Governamental.

Em tal decisão supra referida há evidente manifestação da integridade e eficácia da Constituição, motivada por uma criticada e inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao poder público. De tudo isso, transparece uma atuação progressista, unida a uma tendência político-jurídica que vinha se instituindo na Suprema Corte em razão da crise de governabilidade que assombra o Estado.

Este foi apenas um exemplo de como o Poder Judiciário vem atuando e formulando

políticas públicas que estão institucionalizadas a cargo de outro poder. No entanto, sabe-se que, devido ao princípio da inércia, o juiz só se manifesta mediante provocação, em razão disso, os Tribunais estão mais abertos à sociedade de modo a dar algumas respostas às demandas que lhe são apresentadas.

Neste sentido, havendo exorbitância ou omissão inconstitucional de qualquer dos poderes, surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, fazendo com que cada um exerça sua função típica atribuída pela Constituição e de efetividade aos direitos ali conferidos.

Outra posição ativa do STF, e a mais relevante delas, se deu no MI 712, impetrado com o intuito de tornar viável o exercício do direito de greve dos funcionários públicos, consagrado no art. 37, VII, da Constituição Federal. O STF adotou uma teoria ativista e concretista geral para sanar a omissão a respeito da matéria invocada, produzindo efeitos a decisão até que sobrevenha norma integrativa do legislativo. Não obstante, estamos diante de uma situação jurídica que, desde a promulgação da Constituição de 1988 não há regulamentação.

Assim, busca-se cada vez mais a máxima efetividade das normas constitucionais e surge um novo paradigma da interpretação constitucional, em decorrência da inércia governamental, a exemplo disso, vejamos o fundamento do voto do Min. Gilmar Mendes „ênfatiso 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".

Outro exemplo de igual relevância se deu no MI 788 julgado em 2009 , em que foi requerido o direito a aposentadoria especial com base no art. 40 § 4º da CF/88. Ficou decidido que ante a prolongada mora legislativa, no tocante à edição da lei complementar reclamada

pela parte final do § 4º do art. 40 da Magna Carta, determinou-se ao caso a aplicação das normas correlatas previstas no art. 57 da Lei nº 8.213/91. Assim, alegado exercício de atividade sob condições de periculosidade e insalubridade, bem como reconhecida a omissão legislativa em razão da ausência de lei complementar a definir as condições para o implemento da aposentadoria especial, não se negou o direito a aposentadoria, pelo contrário o STF colmatou a lacuna deixada pelo legislador e determinar a aplicação, no que couber, do art. 57 da Lei n. 8.213/91.

Dá-se origem a uma nova posição do STF pela prática do ativismo judicial. O STF passa a ter uma postura mais ativa e fiscalizadora dos outros poderes. Não há mais a contenção-judicial. Surge o ativismo judicial. Afasta-se a questão de somente declarar a mora legislativa, estando superada a jurisprudência que se formou a partir do julgamento do MI 20, Rel. Min. Celso de Mello. Dá-se efetividade ao exercício do direito de greve pelos servidores públicos civis.

Vale lembrar que desde o MI 20 julgado no ano de 1994 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. 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.

Mas só agora, no MI 712 julgado em 2007 acolheu-se a pretensão tão-somente para que se aplique por analogia a Lei nº 7.783/89, enquanto a omissão não fosse devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos. O Supremo Tribunal Federal, em importante decisão, por unanimidade, declarou a omissão legislativa e, não declarou a mora legislativa somente. O STF por maioria, determinou a aplicação, no que couber, da lei de greve vigente do setor privado, com efeito *erga omnes* até que sobrevenha a norma integrativa do Poder Legislativo. Vale ressaltar que ficou evidente na própria ementa do referido acórdão que incumbe ao Poder Judiciário produzir a norma suficiente para tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos, consagrado no art.37, VII da Constituição Federal.

Deve ser observado que nesta importante decisão do MI 712, o STF afastou o argumento de que a Corte estaria então a legislar. Tal alegação se afiguraria inconcebível, por ferir a independência e harmonia entre os poderes (art. 2º da Constituição do Brasil) e a separação dos poderes (art. 60, § 4º, III). O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. No mandado de injunção o Poder Judiciário não define norma de decisão, mas enuncia o texto normativo que faltava para, no caso, tornar viável o exercício do direito de greve dos servidores públicos. Em outras palavras, o Poder judiciário não está atuando como legislador, mas sim colmatando as lacunas deixadas por um silêncio legislativo perverso que viola o direito fundamental de greve do servidor público.

Não há como negar que o Supremo adotou a teoria concretista considerada ativista, atuando diante do vácuo legal deixado pelo sistema político. Isto se deu em razão de uma omissão abusiva do Congresso Nacional em regulamentar o dispositivo constitucional, ou seja, de apenas exercer a sua função típica, qual seja de legislar.

O absurdo do caso, diante de uma inércia perversa do Poder legislativo propõe uma questionamento: caso a Suprema Corte não se manifestasse de modo a resultar na referida decisão dotada de conteúdo claramente ativista, por mais quantos anos ficariam os servidores públicos civis prejudicados pela falta de lei complementar que regule o dispositivo constitucional de eficácia limitada?

Para estes e outros direitos que serve o ativismo judicial e o STF não pode se furtar de tomar uma atitude ativista nestes casos.

Na ADI 3.682/MT, evidente a inércia do Poder Legislativo, mas o ativismo se deu de maneira mais tímida . O STF somente disse que deve impor ao Legislativo em mora o dever, dentro de um prazo razoável, de proceder à eliminação do estado de inconstitucionalidade. Na referida ADI diz-se que passados mais de 10 (dez) anos, não foi editada a lei complementar federal definidora do período dentro do qual poderão tramitar os procedimentos tendentes à criação, incorporação, desmembramento e fusão de municípios. Não se pode negar a existência de notório lapso temporal a demonstrar a inatividade do legislador em relação ao cumprimento de inequívoco dever constitucional de legislar, decorrente do comando do art. 18, § 4o, da Constituição.

Em que pese existirem no Congresso Nacional diversos projetos de lei apresentados visando à regulamentação do art. 18, § 4º, da Constituição, é possível constatar a omissão inconstitucional quanto à efetiva deliberação e aprovação da lei complementar em referência. Não há justificativa para uma conduta manifestamente negligente ou desidiosa das Casas Legislativas, conduta esta que pode pôr em risco a própria ordem constitucional. A *inertia deliberandi* das Casas Legislativas pode ser objeto da ação direta de inconstitucionalidade por omissão.

Ao se analisar o mencionado voto, percebe-se uma visão progressista denominada de ativismo judicial, pelo prazo imposto ao legislativo e ao se comparar com o art.103, §2,

CF/88, que apenas menciona a fixação de prazo para autoridade administrativa.

Da análise dos julgados acima, já pode concluir de modo rarefeito que a sociedade não pode ficar à mercê da inércia das Casas Legislativas para o exercício do direito conferido pela Carta Cidadã, cabendo ao STF o papel de viabilizar esse direito impondo um lapso de tempo razoável para a regulamentação do dispositivo de eficácia limitada, frente às demandas que lhe são apresentadas. Tanto a decisão proferida no mandado de injunção, quanto aquela atribuída à ação direta por omissão, têm para o legislador caráter obrigatório, que busca uma expedição de ordem judicial para o Congresso.

O ativismo judicial praticado pelo Supremo procura extrair o máximo de eficácia dos direitos e garantias previstos nas normas constitucionais. Surge uma nova onda de concretismo das normas constitucionais principalmente no que tange o dever político-jurídico constitucional atribuído ao poder público frente às políticas sociais. Mesmo que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível ao Poder Judiciário, ainda que , excepcional, determinar, que as políticas públicas definidas pelo própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que tais órgãos estatais descumprirem ou se omitirem frente aos encargos político-jurídicos emanados da constituição .

Em todo este contexto constitucional, que fomenta a urgente implantação de políticas públicas pelo sistema político, não pode o Judiciário frente à omissão dos demais Poderes em concretizar as opções políticas fundamentais conformadoras da Constituição, deixar de dar efetividade à pretensão dos preceitos e dos princípios que nela se acham consignada. O judiciário deve e pode realizar o ativismo judicial.

Por fim, utilizando-se das palavras do Rel. Min. CELSO DE MELLO no RTJ 185/794-796, pode-se perceber que a omissão do Estado ao deixar de cumprir a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior

gravidade político-jurídica. Isto porque a inércia do Poder Público também desrespeita a Constituição, além de ofender direitos que nela se fundam e impedir, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos princípios da Lei Fundamental

Assim, não há dúvidas de que o ativismo se faz presente nas decisões examinadas, igualmente em alguns mandados de injunção decididos pelo Supremo. Tal fato gera como consequências e efeitos de maior influência na órbita do sistema político, atendendo anseios da sociedade por efetividade das normas constitucionais além de colmatar o vazio deixado pelos outros poderes .

4.3 CRÍTICAS AO ATIVISMO JUDICIAL

Com o crescente papel pro-ativo do poder Judiciário, surgiram inúmeras críticas em igual intensidade . A principal delas é o risco que corre a democracia.

Argumenta-se que há violação a legitimidade democrática, visto que os membros do poder Judiciário (juízes, Desembargadores, Ministros ...) não foram eleitos pelo povo. Na medida em que membros não eleitos pelo povo se sobrepõe a decisão do Presidente da República, há uma violação a legitimidade democrática. Isto porque o Presidente da República age com o poder delegado pelo povo e os membros do poder Judiciário agem em nome de quem ? A partir de tal questionamento surge a teoria da dificuldade contra-majoritária. Tal teoria faz uma crítica errônea, de que não deve prevalecer a posição de membros que não foram escolhidos pela vontade popular, o que, vai de encontro com a vontade majoritária.

Contudo, tal teoria não prevalece. A legitimidade dos membros do Poder judiciário advém da própria constituição. Desta forma, os juízes não agem em nome próprio, mas

conforme a lei e com autorização fornecida pela própria constituição. Assim, ao aplicarem as leis e a própria constituição estão concretizando a vontade da maioria, a própria vontade majoritária, de forma que a lei foi feita pelos membros eleitos e a Constituição pelo Poder constituinte. Logo, não há que se falar em violação da legitimidade democrática. Pelo contrário, o que se tenta o ativismo judicial é fortalecer a democracia, visto que se busca garantir a efetividade dos direitos e garantias fundamentais previstos na Constituição. Em poucas palavras, o ativismo é uma ferramenta que promove a democracia.

Há ainda a crítica que se faz do ativismo judicial de que esta só estaria realizando uma micro justiça em detrimento da macro justiça querida por todos. Ora, tal argumento é frágil e também não deve prevalecer. A crítica é facilmente afastada pelo que já ressaltamos anteriormente através do ativismo difuso e concentrado (mesma ideia do controle de constitucionalidade difuso e concentrado). Assim, temos que qualquer juiz através do princípio da inafastabilidade do exercício de jurisdição tem o poder-dever de realizar a justiça no caso concreto de dar efetividade as normas constitucionais. Em suma, todo juiz deve ser ativista para dar concretude as suas decisões. Para isso realiza-se a micro justiça. Não há mal nenhum em dar aquilo que se pede. Isto é uma discurso da Fazenda Pública que sempre nega os pedidos de remédios, sob o argumento de que não deve beneficiar somente um indivíduo, mas toda a população.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, pode-se concluir que o ativismo judicial surge forma de resolver a inércia legislativa e ao mesmo tempo propõe um questionamento a respeito do silêncio legislativo inconstitucional e o seu perverso impacto. Salta aos olhos, que o Supremo Tribunal Federal, mediante atuações clássicas de juízes ativistas, passa a ter elementos necessários para

legitimamente suprir a omissão legisferante, conforme se verificou nos diversos acórdãos analisados ao longo deste artigo. Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

Assim, como já dito exaustivamente, o ativismo surge excepcionalmente, como forma de solucionar o perverso impacto da omissão legislativa na efetividade das normas constitucionais. Para o indivíduo, há o direito à legislação e este só pode ser invocado pelo interessado, quando também existir a previsão do dever estatal de emanar normas legais. Isso significa que o direito individual à atividade legislativa do Estado apenas se evidenciará naquelas estritas hipóteses em que o desempenho da função de legislar refletir, por efeito de exclusiva determinação constitucional, uma obrigação jurídica indeclinável imposta ao Poder Público.

Afastaram-se todas as críticas que visam a retirar a qualidade ativista do Poder Judiciário, principalmente no que tange a violação aos princípios da separação dos poderes e da democracia. Viu-se que ao contrário do que se pensa, a democracia é fortalecida com o ativismo judicial e não violada, como diz a teoria da dificuldade contra-majoritária. Através da tese da sociedade aberta aos interpretes da constituição unida ao ativismo judicial há o fortalecimento da democracia. Qualquer indivíduo que vem ao judiciário formulando pedido com base na constituição está de certa forma interpretando-a. Ao mesmo tempo exige do Poder Judiciário uma resposta eficiente uma atitude pro-ativa.

Em suma, os Poderes Legislativo e Executivo, que estão à frente do processo democrático e da representatividade popular, notavelmente estão sofrendo uma crise de legitimidade. Assim, só resta ao Poder Judiciário preencher esse vácuo deixado por eles junto

à população. Na forma como propomos, tanto através do ativismo difuso, realizado por qualquer juiz, como através do ativismo concentrado, por meio do Supremo Tribunal Federal, há eclosão do chamado ativismo judicial no Brasil. Certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas da Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas, não é isso que se propõe. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Isto porque as normas programáticas constitucionais não podem converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público fraudar as justas expectativas nele depositadas pela coletividade ao que determina a própria Lei Fundamental.

A onda crescente de ativismo judicial decorre da judicialização dos sistemas políticos sociais, tornando-se objeto de direito estabelecido na Carta Magna. Destarte, revela-se uma pretensão jurídica, que pode a qualquer momento ser formulada sob a forma de ação judicial. Desta forma, inaugura-se um novo perfil ao Poder Judiciário do Brasil contemporâneo.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. *A nova interpretação constitucional- Ponderação, Direitos Fundamentais e relações Privadas*, 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar 2008

BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em: <http://www.oab.org.br/oabeditora/users/revista/1235066670174218181901.pdf> Acesso em 25/10/2010

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito Constitucional Contemporâneo*. 2009. São

Paulo: Saraiva , 2009

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

JORGE NETO, Nagib de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas*. Bahia: Juspodvm, 2009

JÚNIOR PUCCINELLI, André. *A omissão legislativa inconstitucional e a responsabilidade do Estado Legislador*. São Paulo: Saraiva, 2007

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas Constitucionais*, 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, 27.

SILVA , Virgílio Afonso da . *Interpretação Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2007.