



ESCOLA DA MAGISTRATURA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM FACE DA INATIVIDADE PARLAMENTAR

Tatiana Maynarde Oliveira

Rio de Janeiro
2017

TATIANA MAYNARDE OLIVEIRA

A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL
FEDERAL EM FACE DA INATIVIDADE PARLAMENTAR

Artigo científico apresentado como exigência
de conclusão de Curso de Pós-Graduação *Lato*
Sensu da Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica C. F. Areal

Néli L. C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2017

A LEGITIMIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL NO ÂMBITO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM FACE DA INATIVIDADE PARLAMENTAR

Tatiana Maynarde Oliveira
Graduada em Direito pela Universidade Estácio de Sá (UNESA) – Rio de Janeiro/RJ.
Graduada em Jornalismo pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ) – Rio de Janeiro/RJ. Pós-graduada em Gestão de Negócios pelo Instituto Brasileiro de Mercado de Capitais (IBMEC) – Rio de Janeiro/RJ.

Resumo – desde a promulgação da Constituição de 1988, o debate em torno da normatividade e eficácia das disposições constitucionais ganha cada vez mais atualidade, razão pela qual o presente trabalho tem como objetivo enfrentar a discussão acerca da teoria da eficácia das normas constitucionais e seu desdobramento no âmbito das decisões emanadas pela Corte Constitucional brasileira. Para tanto, outro caminho não há senão enfrentar o argumento dos críticos de que o ativismo judicial representa grave violação ao Princípio Democrático da Separação de Poderes, por invadir a esfera de deliberação do Poder Legislativo; da falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário; dos riscos da politização da justiça; e da necessidade de se fixar limites exegéticos à atuação dos magistrados.

Palavras-chave – Pós-positivismo. Direitos e garantias fundamentais. Estado Democrático de Direito. Princípio da Separação de Poderes. Ativismo judicial.

Sumário – Introdução. 1. Pós-positivismo: a superação do sistema fechado de regras jurídicas. 2. Teoria Concretista: a consagração da efetividade das normas constitucionais pelo STF. 3. Ativismo judicial e dificuldade contramajoritária: a legitimidade da atuação do Judiciário no espaço de conformação dos outros Poderes. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como objetivo enfrentar a discussão acerca da teoria da eficácia das normas constitucionais, à luz da dogmática pós-positivista, e seu desdobramento no âmbito das decisões emanadas pelo Supremo Tribunal Federal (STF), Corte Constitucional brasileira. Para tanto, outro caminho não há senão enfrentar o argumento dos críticos de que o ativismo judicial representa grave violação ao princípio democrático da separação de poderes, por invadir a esfera de deliberação do Poder Legislativo.

É bem de ver que a escolha do tema decorre, pois, do papel de grande relevo assumido pelos direitos e garantias fundamentais em um Estado Democrático de Direito: limitar a atuação do Estado, proteger os indivíduos de eventuais arbitrariedades cometidas pelo poder público ou por seus pares, bem como garantir, de forma ampla, a dignidade da pessoa humana.

Ao envolver debate acerca das tensões entre constitucionalismo e democracia, o estudo da omissão legislativa na edição de normas que garantam a efetividade dos direitos e garantias fundamentais, como também os efeitos dessa inércia injustificada, ultrapassa os interesses dos profissionais de Direito, alçando-se a tema de vital relevância a toda a coletividade.

Inaugurando a reflexão sobre a efetividade dos mandamentos constitucionais, a primeira seção deste estudo projeta o postulado pós-positivista e as mudanças radicais por ele trazidas no tocante à teoria da eficácia das normas constitucionais, em especial a consolidação da sua força normativa. Na sequência, cumpre analisar o marco de incorporação da dogmática pós-positivista pelo Poder Judiciário brasileiro com a adoção da Teoria Concretista pelo STF. O terceiro capítulo destina-se a fomentar uma reflexão crítica sobre o tema ao discorrer sobre os obstáculos à concretização judicial do direito fundamental *in concreto*.

A pesquisa pauta-se em uma abordagem qualitativa, com base no método hipotético-dedutivo, no qual se inicia o estudo científico a partir de um problema observado no mundo dos fatos, que será analisado com vistas, ao final, conduzir a uma possível solução. Para atingir tal objetivo metodológico, serão usadas como fontes de pesquisa bibliografia e jurisprudência pertinentes ao tema.

1. PÓS-POSITIVISMO: A CONSTITUIÇÃO COMO NORMA JURÍDICA

Até meados do século XIX, o discurso positivista, cujas bases teóricas refletiam a teoria da tripartição de poderes, prevaleceu na Europa. À luz da obra de Montesquieu, *O Espírito das Leis*, caberia ao Poder Legislativo, máxime da vontade popular, a criação de normas; ao Executivo, também escolhido pelo povo, promover a execução das leis e a direção central do Estado; e ao Judiciário, repositório da legislação, a função de aplicá-las¹.

A obra mais notória da corrente positivista pode ser atribuída à *Teoria Pura do Direito*, de Hans Kelsen. O formalismo das premissas da ciência jurídica corporificou-se no discurso kelseniano, segundo o qual o direito deveria ater-se apenas às normas escritas, distanciando-se de considerações políticas, sociológicas ou de qualquer outro ramo do conhecimento humano².

O positivismo, porém, foi alvo de duras críticas. O juízo negativo de seu legado surgiu como consequência da construção teórica forjada por líderes autoritários, que se utilizaram do apego ao formalismo legal para legitimar as barbáries por eles perpetradas.

Não por acaso, com o fim da II Guerra Mundial, teve início na Europa um processo de reconstitucionalização, que perdurou por toda a segunda metade do século XX. Progressivamente, a Constituição foi alçada a lugar de destaque no ordenamento jurídico e o Direito Constitucional atraiu preponderância sobre as instituições contemporâneas³.

Em tempos de reconstrução social e científica, diversas correntes surgiram, caminhando entre vertentes mais fechadas até enfoques que passaram a tratar o direito para além do que é propriamente juridicizado, em uma tentativa de reaproximação entre o direito e a ética.

O marco filosófico de tais transformações ficou conhecido por *pós-positivismo*. A consolidação da dogmática pós-positivista desencadeou a superação do sistema fechado de regras jurídicas, substituindo-o por novos vetores axiológicos, que foram incorporados à hermenêutica constitucional.

Para além da supremacia formal de que sempre desfrutou, haja vista ser, “o primeiro documento na vida jurídica do Estado – assim do ponto de vista lógico-cronológico como

¹ BARROSO, Luís Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

² Ibidem.

³ Ibidem.

hierárquico –”, a dogmática pós-positivista conferiu à Constituição supremacia material, axiológica, potencializada pela abertura do sistema jurídico e pela normatividade dos princípios⁴.

O reconhecimento de caráter jurídico às normas constitucionais pôs em xeque as práticas judiciais europeias, segundo as quais inadmissível que se invocasse a Constituição para a pacificação de litígios, ou como fundamento de validade das leis, condicionando-se a concretização de seus preceitos à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador⁵.

A partir do pressuposto de Constituição como norma jurídica, toda norma constitucional – seja ela regra ou princípio – tem efetividade e eficácia social e, nesse sentido, torna-se capaz de gerar direitos e obrigações de forma plena e integral, mas não meramente negativa e/ou parcial.

No tocante às normas jurídicas, a eficácia consiste na capacidade de a norma vigente – assim considerada aquela já submetida a regular promulgação e publicação – atuar os objetivos nela traduzidos, isto é, realizar os ditames jurídicos objetivados pelo legislador.

De acordo com José Afonso da Silva⁶, tomando-se como ponto de partida a eficácia jurídica, as normas constitucionais comportariam uma classificação tripartite, assim enunciada: a) normas constitucionais de eficácia plena; b) normas constitucionais de eficácia contida; c) normas constitucionais de eficácia limitada ou reduzida.

São entendidas como normas de eficácia plena aquelas disposições constitucionais que, por serem dotadas de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependem da atuação do legislador ordinário para que alcancem sua plena efetividade. As normas de eficácia plena, desde a entrada em vigor da Constituição, produzem ou estão aptas a produzir todos os efeitos jurídicos que o legislador constituinte almejou regular⁷.

Classificam-se como normas constitucionais de eficácia contida aquelas normas dotadas de aplicabilidade direta e imediata, mas possivelmente não integral. Muito embora o legislador constituinte tenha regulado suficientemente a matéria, há, em tais normas, margem

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 54.

⁵ STRECK, Lênio Luiz. *Pós-fácio à obra neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010, p. 204.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 66.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 248.

à atuação restritiva por parte da competência discricionária do poder público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nela enunciados⁸.

As normas constitucionais de eficácia limitada, por sua vez, caracterizam-se, essencialmente, por sua aplicabilidade indireta e reduzida. Por não terem recebido do legislador constituinte a normatividade suficiente, tais normas não estariam aptas, por si só e desde logo, de serem aplicáveis e gerarem seus principais efeitos. Por essa razão, careceriam de intervenção do legislador ordinário⁹.

A reconstrução hermenêutica focada na superação do sistema fechado de regras jurídicas, imposta pela dogmática pós-positiva, aludiram um novo olhar sobre a interpretação constitucional.

Na essência da dogmática pós-positivista, e aí consiste o seu maior desafio, a efetividade das normas constitucionais supera o reconhecimento de um mínimo efeito, qual seja, o de vinculação do legislador infraconstitucional aos seus vetores, bem como prescinde de intervenção legislativa, fulminando a classificação adotada por José Afonso da Silva.

Por força de tal inteligência, as normas de eficácia limitada teriam sim o condão de gerar direitos públicos subjetivos *de per se*, sendo inadmissível um Estado Democrático de Direito no qual a inércia do legislador em promover a regulamentação de tais normas respalde o não exercício de quaisquer tipos de direito, em especial os fundamentais.

Superando o entendimento de que as normas de eficácia limitada seriam meros comandos axiológicos de eficácia meramente negativa, os preceitos constitucionais, tais quais normas ou princípios, assumem a posição de normas jurídicas diretamente sindicáveis perante o Poder Judiciário.

2. TEORIA CONCRETISTA: A CONSAGRAÇÃO DA EFETIVIDADE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS PELO STF

Entre as inovações trazidas pela Constituição de 1998, encontra-se o mandado de injunção, previsto no art. 5º, inciso LXXI, da CRFB/8810. Trata-se de uma ação constitucional de caráter civil e de procedimento especial, posta à disposição de quem se

⁸ SARLET, op cit., p. 248.

⁹ Ibidem.

¹⁰ BRASIL. Constituição da República Federativa de 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 2 mar. 2017.

considere titular de qualquer direito, liberdade ou prerrogativa constitucionais inviáveis por ausência de norma regulamentadora.

Nos primeiros dezoitos anos de vigência da Carta Política, o STF entendeu e fixou sua jurisprudência na qual considerava que o mandado de injunção seria uma declaração, pelo Poder Judiciário, da ocorrência de omissão inconstitucional, a ser comunicada ao órgão legislativo inadimplente para que promovesse a integração normativa do dispositivo constitucional nela objetivado¹¹.

Um dos precedentes que melhor representa o entendimento do STF adotado nesse primeiro momento é o MI 219/DF¹²:

[...] mandado de injunção, de iniciativa de Deputados Federais pelo Estado de São Paulo, para que o Supremo Tribunal determine, em setenta, o número de representantes daquela unidade da federação na Câmara dos Deputados, diante do vazio legislativo, decorrente de não ter sido elaborada a lei complementar, prevista no art. 45, § 1, da Constituição. Legitimidade ativa dos impetrantes, como cidadãos, titulares de prerrogativas político-jurídicas que são inequivocamente difusas, mas por sua própria natureza. Pedido deferido, em parte, dentro dos limites de provisão constitucionalmente cabível, para, reconhecidas a omissão e a mora apontadas, dar ciência das mesmas ao Congresso Nacional, a fim de que supra a omissão. Votos vencidos, tanto no tocante à preliminar de legitimidade, como a propósito da extensão ou finalidade do deferimento da medida [...].

A posição não-concretista, também conhecida como abstrata, foi muito criticada pela doutrina. Arguam os doutos que a ação direta de inconstitucionalidade por omissão realmente teria a finalidade de dar ciência da omissão inconstitucional ao órgão responsável para a elaboração da norma faltante¹³. Entretanto, não seria razoável que o legislador atribuisse o mesmo objetivo para institutos diversos, podendo-se concluir que a finalidade do mandado de injunção seria distinta daquela garantida à ADIn por omissão.

Em outro julgado da década de 1990, o STF demonstrou uma nova tendência. Além de reconhecer a mora legislativa, a Suprema Corte brasileira passou a fixar um prazo para que a norma fosse editada. Caso não ultimado, nesse interim, o processo legislativo, ficava assegurada ao impetrante a faculdade de obter, em juízo, em face do órgão omissor, sentença líquida de indenização por perdas e danos¹⁴.

¹¹ HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. *A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24869.pdf>>. p. 15. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹² BRASIL. STF. MI 219/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 22 de ago. 1990. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹³ HENRIQUES, op. cit, p.10.

¹⁴ BRASIL. STF. MI 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 de mar. 1990. Acesso em: 2 mar. 2017.

[...] mandado de injunção: mora legislativa na edição da lei necessária ao gozo do direito à reparação econômica contra a União, outorgado pelo art. 8, § 3, ADCT: (...). 3. Se o sujeito passivo do direito constitucional obstado e a entidade estatal a qual igualmente se deva imputar a mora legislativa que obsta ao seu exercício, é dado ao Judiciário, ao deferir a injunção, somar, aos seus efeitos mandamentais típicos, o provimento necessário a acautelar o interessado contra a eventualidade de não se ultimar o processo legislativo, no prazo razoável que fixar, de modo a facultar-lhe, quanto possível, a satisfação provisória do seu direito. 4. Premissas, de que resultam, na espécie, o deferimento do mandado de injunção para: a) declarar em mora o legislador com relação a ordem de legislar contida no art. 8, § 3, ADCT, comunicando-o ao Congresso Nacional e a Presidência da República; b) assinar o prazo de 45 dias, mais 15 dias para a sanção presidencial, a fim de que se ultime o processo legislativo da lei reclamada; c) se ultrapassado o prazo acima, sem que esteja promulgada a lei, reconhecer ao impetrante a faculdade de obter, contra a União, pela via processual adequada, sentença líquida de condenação à reparação constitucional devida, pelas perdas e danos que se arbitrem; d) declarar que, prolatada a condenação, a superveniência de lei não prejudicará a coisa julgada, que, entretanto, não impedirá o impetrante de obter os benefícios da lei posterior, nos pontos em que lhe for mais favorável [...].

O julgamento do MI 232/RJ demonstrou, por sua vez, determinado avanço de posicionamento do STF, pois, além da declaração da mora e concessão de prazo para a edição da norma, restou assegurada ao impetrante a possibilidade de gozar do direito reclamado, caso o prazo fixado transcorresse *in albis*¹⁵.

[...] mandado de injunção. – Legitimidade ativa da requerente para impetrar mandado de injunção por falta de regulamentação do disposto no §7, do artigo 195, da Constituição Federal. – Ocorrência, no caso, em face do disposto no artigo 59 do ADCT, de mora, por parte do Congresso, na regulamentação daquele preceito constitucional. Mandado de injunção conhecido, em parte, e, nessa parte, deferido para declarar-se o estado de mora em que se encontra o Congresso Nacional, a fim de que, no prazo de seis meses, adote ele as providências legislativas que se impõem para o cumprimento da obrigação de legislar decorrente do artigo 195, § 7, da Constituição, sob pena de, vencido esse prazo sem que essa obrigação se cumpra, passar o requerente a gozar da imunidade requerida [...].

Em 25 de outubro de 2007, com o julgamento dos MIs 670, 708 e 712, a intenção de rever o posicionamento anteriormente adotado foi deflagrada, sinalizando uma progressiva preocupação com a efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente previstos, no que ficou identificada como fase concretista. Colacionam-se alguns trechos dos MIs 670¹⁶ e 712¹⁷, respectivamente:

¹⁵ BRASIL. STF. MI 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 1 de ago. 1991. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹⁶ BRASIL. STF. MI 670/ES. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 de out. de 2007. Acesso em: 2 mar. 2017.

¹⁷ BRASIL. STF. MI 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 de out. de 2007. Acesso em: 2 mar. 2017.

[...] no julgamento do MI no 107/DF, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 21.9.1990, o Plenário do STF consolidou entendimento que conferiu ao mandado de injunção os seguintes elementos operacionais: i) os direitos constitucionalmente garantidos por meio de mandado de injunção apresentam-se como direitos à expedição de um ato normativo, os quais, via de regra, não poderiam ser diretamente satisfeitos por meio de provimento jurisdicional do STF; ii) a decisão judicial que declara a existência de uma omissão inconstitucional constata, igualmente, a mora do órgão ou poder legiferante, insta-o a editar a norma requerida; iii) a omissão inconstitucional tanto pode referir-se a uma omissão total do legislador quanto a uma omissão parcial; iv) a decisão proferida em sede do controle abstrato de normas acerca da existência, ou não, de omissão é dotada de eficácia erga omnes, e não apresenta diferença significativa em relação a atos decisórios proferidos no contexto de mandado de injunção; v) o STF possui competência constitucional para, na ação de mandado de injunção, determinar a suspensão de processos administrativos ou judiciais, com o intuito de assegurar ao interessado a possibilidade de ser contemplado por norma mais benéfica, ou que lhe assegure o direito constitucional invocado; vi) por fim, esse plexo de poderes institucionais legitima que o STF determine a edição de outras medidas que garantam a posição do impetrante até a oportuna expedição de normas pelo legislador. 1.2. Apesar dos avanços proporcionados por essa construção jurisprudencial inicial, o STF flexibilizou a interpretação constitucional primeiramente fixada para conferir uma compreensão mais abrangente à garantia fundamental do mandado de injunção. A partir de uma série de precedentes, o Tribunal passou a admitir soluções normativas para a decisão judicial como alternativa legítima de tornar a proteção judicial efetiva (CF, art. 5º, XXXV) [...].

[...] diante de mora legislativa, cumpre ao Supremo Tribunal Federal decidir no sentido de suprir omissão dessa ordem. Esta Corte não se presta, quando se trate da apreciação de mandados de injunção, a emitir decisões desnudas de eficácia.[...] 9. A norma veiculada pelo artigo 37, VII, da Constituição do Brasil reclama regulamentação, a fim de que seja adequadamente assegurada a coesão social.[...] 13. O argumento de que a Corte estaria então a legislar, o que 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), é insubsistente. 14. O Poder Judiciário está vinculado pelo dever-poder de, no mandado de injunção, formular supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico. 15. 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. 16. Mandado de injunção julgado procedente, para remover o obstáculo decorrente da omissão legislativa e, supletivamente, tornar viável o exercício do direito consagrado no artigo 37, VII, da Constituição do Brasil [...].

A evolução no entendimento quanto à eficácia do mandado de injunção, e com ela a delimitação dos contornos de sua natureza jurídica, buscou, em última análise, dar concretude à Constituição de 1988. Dessa forma, ao agir para tornar viável o exercício de direitos, liberdades e prerrogativas inerentes à nacionalidade, soberania e cidadania, o Poder Judiciário não lança preceito abstrato na ordem jurídica, mas apenas viabiliza, no caso concreto, o exercício do direito, fazendo lei entre as partes, como qualquer processo subjetivo¹⁸.

¹⁸ HENRIQUES, op. cit., p. 23.

Não obstante, fica a decisão integrativa emanada pelo Judiciário sujeita, até mesmo, a uma condição resolutiva, qual seja, o suprimento da lacuna regulamentadora pelo Poder Legislativo¹⁹.

3. ATIVISMO JUDICIAL E DIFICULDADE CONTRAMAJORITÁRIA: A LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO JUDICIÁRIO NO ESPAÇO DE CONFORMAÇÃO DOS OUTROS PODERES

O ativismo judicial busca sua origem na jurisprudência norte-americana. Está associado a uma “participação mais ampla e intensa do Judiciário na concretização dos valores e fins constitucionais, com maior interferência no espaço de atuação dos outros dois Poderes”²⁰.

Como espectro de sua precípua competência judicante, ao Judiciário impede reconhecer, outrossim, o exercício de funções normativas complementares à atividade do Poder Legislativo, sem que se vislumbre qualquer espécie de afronta ou desprestígio àquele Poder.

À luz da teoria constitucional que atribui força normativa à Constituição, a atuação dos direitos e garantias fundamentais, como meio para se atingir a liberdade e a igualdade – vetores axiológicos do próprio Estado Democrático de Direito – pressupõe a competência da jurisdição constitucional no sentido de conferir maior efetividade a tais direitos, seja quando os poderes públicos mantêm-se inertes quanto à edição de norma regulamentadora, quando não criam políticas públicas para a sua implementação, ou, simplesmente, quando essas mostram-se insuficientes para garantir o direito pleiteado.

Outra questão subjacente à legitimação democrática do Poder Judiciário é a denominada dificuldade contramajoritária. O termo contramajoritário consiste em expressão cunhada, nos anos 1960, por Alexander Bickel “com o objetivo de definir a atuação do Poder Judiciário nas situações em que o provimento decisório proscreva o direito objetivo legitimamente oriundo da atividade parlamentar”. Assim agindo, sobretudo com o objetivo de

¹⁹ HENRIQUES, op. cit., p. 23.

²⁰ BARROSO, op. cit., p. 5.

garantir o cumprimento de preceitos constitucionais, o Poder Judiciário é alvo de ponderação lançada no sentido de que se arvora em função para a qual não se encontra legitimado²¹.

Desta sorte, sempre que o STF formula supletivamente a norma regulamentadora de que carece o ordenamento jurídico, ao julgar mandado de injunção, grande objeção faz-se no sentido da tensão entre a atuação do Judiciário e o processo político majoritário²².

Isso porque os membros do Poder Legislativo e o Chefe do Poder Executivo são agentes públicos eleitos, investidos em seus cargos pela soberania da vontade popular. “O mesmo não se passa com os membros do Poder Judiciário, cuja investidura dá-se, como regra, por critérios essencialmente técnicos, sem eleição popular”²³.

A noção de democracia, contudo, não se restringe ao Princípio Majoritário, existindo outros tantos princípios fundamentais que devem ser preservados. Ao se analisar a dificuldade contramajoritária da jurisdição constitucional, não se pode deixar de lado os problemas da representação, bem como o arranjo institucional mais adequado à proteção da constitucionalidade.

A Democracia Constitucional tem como uma de suas características proteger as próprias instituições democráticas e, notadamente, as minorias eventualmente vencidas em processos decisórios majoritários. A atuação do Judiciário no sentido de reconhecer aplicabilidade direta e imediata às normas constitucionais, ao contrário de denotar ingerência contramajoritária nos mecanismos políticos de diálogo dos outros Poderes, serve à manutenção da democracia e do equilíbrio entre os três baluartes da República.

Ao tratar da dificuldade contramajoritária, observa Mauro Cappelletti²⁴:

[...] parece bem evidente que a noção de democracia não pode ser reduzida a uma simples ideia majoritária. Democracia, como vimos, significa também participação, tolerância e liberdade. Um Judiciário razoavelmente independente de caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à Democracia; e para isso muito pode colaborar um Judiciário suficientemente ativo, dinâmico e criativo, tanto que seja capaz de assegurar a preservação do sistema de *checks and balances*, em face do crescimento dos poderes políticos, e também controles adequados perante os outros centros de poder (não-governativos ou quase-governativos), tão típicos das nossas sociedades contemporâneas [...].

²¹ ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto Alberto. *A dificuldade contramajoritária – versões tradicional e literal*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>>. p. 2. Acesso em: 2 mar. 2017.

²² BARROSO, op. cit., p. 309.

²³ Ibidem.

²⁴ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993, p. 107.

Forçoso reconhecer, portanto, que o fundamento para o Poder Judiciário sobrepor sua vontade à dos agentes eleitos dos outros Poderes – enunciando o texto normativo faltante ante a injustificada omissão legislativa – encontra respaldo na confluência de ideias advindas do Constitucionalismo Democrático.

Vale ressaltar que a maior parte dos Estados Democráticos reserva uma parcela de poder político para ser exercida por agente públicos que não são recrutados pela via eleitoral. Assim, a intervenção do Judiciário, ao sanar uma omissão legislativa, ainda que atuando contramajoritariamente, funciona como instrumento garantidor da própria Democracia.

Nesse sentido, enquanto Legislativo e Executivo seguem a legitimação popular, porquanto eleitos diretamente, ao Judiciário atribuir-se-ia o poder de contrabalançar essa equação e garantir os direitos e garantias fundamentais consagrados pela Constituição.

Para tanto, ressalte-se que a Constituição não tem por função defender apenas o Princípio Majoritário, mas também proteger os direitos e garantias fundamentais, outro aspecto da democracia, mesmo que contra a vontade circunstancial do detentor da maioria de votos. E o guardião e intérprete final da Constituição é, de forma indelével, o STF.

CONCLUSÃO

Desde a promulgação da Constituição de 1988, o debate em torno da normatividade e eficácia das disposições constitucionais ganha cada vez mais atualidade.

Na ordem do dia como o principal desafio do Estado Democrático de Direito, os anseios da sociedade em fazer valer imediata e diretamente os direitos subjetivos assegurados pela Constituição invocam rupturas dogmáticas, axiológicas e hermenêuticas, bem como uma releitura na atuação do próprio Estado-juiz.

Frequentemente provocado a manifestar-se sobre questões afetas aos demais Poderes, em especial o controle das omissões normativas na esfera dos direitos e garantias fundamentais – objeto deste artigo –, o Judiciário insurge-se como alternativa à situação de recorrente inefetividade que assola os mandamentos constitucionais.

A constatação da intervenção do Poder Judiciário em muitas situações envolvendo as normas constitucionais é foco, como visto, das mais diversas objeções. Há um sem número de críticas abrangendo a atuação positiva do STF no tocante à atribuição de efetividade aos direitos e garantias fundamentais, dentre as quais a ofensa ao Princípio da Separação de Poderes.

Em que pese a argumentação da falta de legitimidade democrática dos membros do Judiciário, dos riscos da politização da Justiça e dos limites institucionais daquele, a intervenção judicial, até onde se pode perceber, tem se mostrado uma solução, e não um problema.

Reconhece-se que a omissão desarrazoada do Poder Legislativo não encontra respaldo em um Estado que se pretende democrático e de direito, haja vista que a tutela e a efetividade dos direitos e garantias fundamentais constituem o cerne para a realização da própria Constituição, ao passo que limitadores do poder absoluto e arbitrário.

Diante da paralisia e do descrédito que acometem o Parlamento e a Administração Pública do país, cuida o presente trabalho de propagar o valor jurídico do que se convencionou chamar ativismo judicial.

Ao evitar que a norma constitucional seja esvaziada a ponto de se transformar em invólucro normativo vazio de efetividade, a atribuição de normatividade plena à Constituição simboliza avanço do qual não se pode renunciar.

O que ora se propaga não é a criação jurisprudencial do direito carente de limites e racionalidade – sob pena, aí sim, de se incorrer em inaceitável retrocesso às ordens

constitucionais anteriores, com a predominância cêntrica de determinado Poder em detrimento dos demais.

Há que se buscar limites exegéticos capazes de conciliar o ativismo judicial ao necessário respeito ao Princípio da Separação de Poderes, sem perder de vista, por óbvio, o cerne axiológico do ordenamento constitucional brasileiro: a dignidade da pessoa humana.

E não é diferente o que se observa na prática. Desde a adoção da Teoria Concretista pelo STF, em 2007, as decisões ativistas emanadas da Corte Constitucional brasileira, além de eventuais, estão adstritas à aplicação integrativa de norma emanada do Legislativo, a exemplo da Lei nº 7.783/88, que dispõe sobre o exercício do direito de greve pelos trabalhadores da iniciativa privada.

Desta sorte, ao agir para tornar viável o exercício de direitos e garantias fundamentais, o Poder Judiciário não lança preceito abstrato na ordem jurídica, mas apenas viabiliza, no caso concreto, por meio de aplicação de norma supletiva, o exercício do direito, fazendo lei entre as partes, como qualquer processo subjetivo.

Não obstante, fica a decisão integrativa emanada pelo Judiciário sujeita, até mesmo, a uma condição resolutiva, qual seja, o suprimento da lacuna regulamentadora pelo Poder Legislativo, haja vista a inexistência de democracia sólida sem um legislativo atuante e investido de credibilidade.

Enquanto os legítimos detentores da competência legiferante não se manifestarem, caberá, portanto, aos magistrados suprir a lacuna por eles deixada, pois, por mais críticas que se façam ao ativismo judicial, ele é ainda menos nocivo ao Estado Democrático de Direito do que o inativismo parlamentar.

REFERÊNCIAS

ALBERTO, Tiago Gagliano Pinto Alberto. *A dificuldade contramajoritária – versões tradicional e literal*. Disponível em <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=6b4017c4c626882a>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito*. O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Disponível em <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-do-direito>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MI 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 de mar. 1990. Acesso em: 2 mar. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 283/DF. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, DF, 20 mar. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 219/DF. Relator: Ministro Octavio Gallotti. Brasília, DF, 22 ago. 1990.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 232/RJ. Relator: Ministro Moreira Alves. Brasília, DF, 1 ago. 1991.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 670/ES. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília, DF, 25 out. 2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de injunção nº 712/PA. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 25 out. 2007.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Tradução Carlos A. A. Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1993.

HENRIQUES, Cristina Giudice Batista. *A nova interpretação do mandado de injunção pelo Supremo Tribunal Federal*. Disponível em <<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24869.pdf>>. Acesso em: 2 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

STRECK, Lênio Luiz. *Pós-fácio à obra Neoconstitucionalismo e positivismo jurídico*, de Écio Oto Ramos Duarte e Susanna Pozzolo. 2. ed. São Paulo: Landy, 2010.