

Miquerlam Chaves Cavalcante

O ativismo judicial como fator de atraso na evolução democrática brasileira: as possibilidades jurídicas e políticas para sua eventual inibição.

Projeto de dissertação apresentado como requisito para participação no Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas, do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Brasília/ DF

2014

1. LINHA DE PESQUISA

Linha de pesquisa: Estado, Políticas Públicas e Domínio Econômico-Social.

2. TEMA

O ativismo judicial como fator de atraso na evolução democrática brasileira: as possibilidades jurídicas e políticas para sua eventual inibição.

3. DELIMITAÇÃO DO TEMA.

A pesquisa tem por escopo analisar as interações entre a atuação do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional, como resultado do que ordinariamente se tem denominado ativismo judicial, e os Poderes Executivo e Legislativo, sob um enfoque de rendimento e fortalecimento da democracia.

Procurar-se-á identificar se os efeitos desta atuação proativa do Poder Judiciário, notadamente do Supremo Tribunal Federal, sob a justificativa de assegurar uma máxima efetividade ao texto constitucional, é positiva em um panorama político e institucional de maior espectro, e não apenas no plano restrito do processo, por mais abrangentes e difusos sejam os direitos discutidos na causa em julgamento.

A pesquisa não se furtará em abordar a temática da limitação entre as funções estatais e apresentará possibilidades de cunho jurídico e político para coibir ou minimizar a intromissão de um Poder em outro, no caso de as conclusões conduzirem à constatação de que as tradicionais ferramentas de neutralização do poder se mostraram insuficientes à realidade institucional brasileira.

Neste contexto de inter-relação entre os poderes estatais e de seus freios e contrapesos, o trabalho avaliará se a postura progressista ou ativista do Supremo Tribunal Federal não estaria contribuindo para um retardo no amadurecimento democrático brasileiro, adiando ou mesmo impedindo a percepção popular sobre falhas, ineficiência e morosidade dos demais Poderes, problemas estes que encontram solução periódica, pelo voto popular.

4. FORMULAÇÃO DO PROBLEMA.

A sociedade brasileira tem assistido a uma crescente migração da discussão de temas que lhe são caros da esfera política para o ambiente judicial. A título de exemplo, mencione-se a judicialização das discussões sobre a interrupção de gravidez de fetos

anencéfalos, sobre a pesquisa com células-tronco embrionárias, sobre cotas raciais, sobre uniões homoafetivas, e sobre tantas outras de igual importância.

Este protagonismo judicial se insere como característica relevante de fenômeno jurídico contemporâneo: o neoconstitucionalismo. Com efeito, Luiz Roberto Barroso (2007, p. 34) identifica a expressiva judicialização de questões políticas e sociais como resultado do somatório dos fatores "constitucionalização", "aumento da demanda por justiça" e "ascensão institucional do Judiciário".

No mesmo caminho, Miguel Carbonell (2010, p. 153), afirma que o neoconstitucionalismo atrai em sua conotação pelo menos três transformações experimentadas pelo Estado constitucional de direito: 1) surgimento de textos constitucionais novos, com particularidades próprias; 2) alterações nas práticas jurisprudenciais; e 3) desenvolvimento de teorias constitucionais novas.

Esta pró-atividade do Poder Judiciário ou, para usar o termo mais difundido, o ativismo judicial no Brasil recebeu forte influência da doutrina de Ronald Dworkin e de Robert Alexy e, embora ainda em franca expansão na cultura jurídica nacional, não tem passado incólume a críticas ferrenhas de doutrinadores nacionais e estrangeiros.

Manifestando opinião crítica à forma como o neoconstitucionalismo tem sido implementado no país, Daniel Sarmento (2009) assim se manifesta:

Enfim, o neoconstitucionalismo brasileiro tem pecado por excesso, depositando no Judiciário expectativas que ele nem sempre terá como atender de forma satisfatória. Um dos efeitos colaterais deste fenômeno é a disseminação de um discurso muito perigoso, de que voto e política não são tão importantes, pois relevante mesmo é a interpretação dos princípios constitucionais realizada pelo STF. Daí a dizer que o povo não sabe votar é um pulo, e a ditadura de toga pode não ser muito melhor do que a ditadura de farda. (SARMENTO, 2009).

Apresentam-se-nos bastante sedutoras as críticas apresentadas por Jeremy Waldron ao controle de constitucionalidade das leis nos Estados Unidos da América. Com efeito, o seu intento em apresentar um argumento central (*core argument*) contra o controle de constitucionalidade que fosse imune às influências históricas (de julgados antigos da Suprema Corte) e também alheio aos aspectos fáticos de cada caso (se a decisão foi boa ou má) (WALDRON, 2006, p. 1351) poderá ser bastante útil em nossa pesquisa.

Com efeito, identificamos no "ataque" de Waldron ao controle de constitucionalidade argumentos imunes às diferenças jurídico-culturais existentes entre o sistema norte-americano e o brasileiro. Neste sentido, considerações daquele autor sobre o *déficit democrático* que permeia o controle de constitucionalidade podem igualmente ser analisadas perante a realidade brasileira.

Diferentemente da abordagem de Waldron, entretanto, cremos ser importante enveredar por um viés histórico, de forma a, conhecendo o passado, apresentar possíveis sugestões para a contenção ou limitação do ativismo. Neste ponto, a visita à obra de Montesquieu e de James Madison, mais precisamente no Artigo Federalista nº 78, podem ser inspiradoras.

Cremos ainda que a análise de casos como *Brown v. Board of Education* (1955) pode-nos ser indicativo, no plano internacional, de como atitudes progressistas do Judiciário podem igualmente mostrar-se ineficazes no mundo real.

A ineficácia social em *Brown* nos inspira ainda, agora no âmbito brasileiro, a avançar sobre uma abordagem de *déficit democrático*, não no sentido empregado por Waldron (falta de representatividade dos juízes), mas na problemática da atribuição ou reconhecimento de direitos sem a luta por eles. Procuraremos, com isso, demonstrar a efemeridade de direitos enunciados sem que sua gênese tenha se submetido ao necessário embate (social ou político) de conquista.

Em última análise, tendemos a acreditar que tal embate não encontra foro apropriado nas Cortes, mas sim nas ruas (imediatamente) ou no Parlamento (mediatamente).

O problema aqui proposto pode ser enunciado como: o ativismo judicial no Brasil não estaria contribuindo, com suas soluções paliativas, para um retardo na percepção popular sobre a ineficiência dos demais Poderes Constituídos, os quais podem ser periodicamente oxigenados pelo voto popular?

5. HIPÓTESE

Diante dos problemas apresentados no tópico anterior, pode-se apresentar a seguintes hipóteses para o desenvolvimento da pesquisa: a) o controle de constitucionalidade exercido pelo judiciário, em uma postura ativista, tem ignorado o princípio representativo; b)

as soluções adotadas pela jurisdição constitucional são incapazes de resolver problemas com a amplitude e definitividade obtidas por outros Poderes Constituídos e; c) historicamente as conquistas por direitos ou posições jurídicas preponderantes exigiram lutas ou aprendizado democrático a partir de erros e acertos, de sorte que a interferência do Judiciário neste processo atrasa a percepção do eleitor e contribui para um *déficit democrático* de direitos.

6. JUSTIFICATIVAS.

6.1. Relevância.

O Brasil vive atualmente período de ebulição político-democrática e ao mesmo tempo de incertezas quanto aos rumos e consequências que as manifestações populares de junho de 2013 terão.

Sob o pretexto de insurgência contra o aumento da passagem de ônibus em São Paulo, a população ganhou as ruas com pauta difusa e abrangente, externando sua insatisfação contra a corrupção, a má prestação de serviços públicos, a falta de representatividade nas instâncias políticas, contra a limitação de poderes investigatórios do Ministério Público, etc.

Um ano depois, as manifestações foram esvaziadas por uma repressão policial truculenta e pela igualmente violenta participação de grupos mais interessados em vandalismo do que na livre manifestação de ideias. Ao mesmo tempo, o cenário político eleitoral denuncia uma insatisfação com os atuais governantes, mas que, paradoxalmente, não inspira grandes mudanças pela falta de opções políticas que de fato representem mudanças, e não apenas um nome novo de uma política velha.

Este cenário social e político ganha relevo em nossa abordagem pelo fato de que, comumente, uma das justificativas para a atuação proativa por parte do Poder Judiciário, a pretexto de efetivar direitos fundamentais, é justamente o descrédito do Poder Legislativo:

No cenário brasileiro, o neoconstitucionalismo é também impulsionado por outro fenômeno: a descrença geral da população em relação à política majoritária, e, em especial, o descrédito no Poder Legislativo e nos partidos políticos.¹⁰¹ A percepção geral, alimentada por sucessivos escândalos e pelo discurso de alguns meios de comunicação social, de que a política parlamentar e partidária são esferas essencialmente corrompidas, que se movem exclusivamente em torno de interesses e não de valores, gera em alguns setores a expectativa de que a solução para os problemas nacionais possa vir do Judiciário.¹⁰² E este sentimento é fortalecido quando a Justiça adota decisões em consonância com a opinião pública - como ocorreu no recebimento da denúncia criminal no caso do "mensalão", na definição de perda do mandato por infidelidade partidária, e na proibição do nepotismo na Administração Pública (SARMENTO, 2009, p. 11).

Não olvidamos toda a problemática a envolver a crise de autoridade por que passa o Poder Legislativo e o Poder Executivo no Brasil. Entretanto, cremos que a população se pode estar deixando enganar ao depositar seus anseios em instituição hermética e refratária ao controle popular direto.

Soluções adotadas na seara judicial, notadamente no reconhecimento de direitos fundamentais, podem ser tão frustrantes quanto a inação ou morosidade política dos demais poderes. Em outras palavras: não é uma decisão judicial que muda a realidade social¹. Ao contrário, um rico debate, um consenso e uma composição com as minorias vencidas no processo legislativo se mostra muito mais eficaz na superação de agastamentos social.

Não se pode deixar de mencionar o despreparo institucional do Poder Judiciário na composição de interesses conflitantes, não sob a ótica processual, mas sob o viés da pressão popular de setores antagônicos. Cite-se por exemplo a recente manifestação ocorrida em frente ao Supremo Tribunal Federal, suscitando declarações depreciativas² de alguns Ministros, bem demonstrando o despreparo e o distanciamento deste Poder da mais comezinha forma de expressão democrática: a manifestação popular.

Nunca é demais lembrar que ela decorre justamente de uma idéia de atuação democrática, ou representativa, vendida por seus próprios julgadores, como se percebe da seguinte passagem do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650/DF:

Mas existe uma outra competência que Cortes Constitucionais desempenham --- e que, no caso brasileiro, se tornou importante em muitas situações --- que, ao lado da função contramajoritária, é uma **função representativa**, é a função de interpretar e procurar concretizar determinados anseios da sociedade que estão paralisados no processo político majoritário. Porque o processo político majoritário, que é o que se desenrola no Congresso, muitas vezes, encontra impasses, encontra dificuldades de produção de consenso; não é só no Brasil, é no mundo inteiro.

E é por essa razão que, nas situações que envolvam proteção de minorias, ou nas situações que envolvam certos impasses que emperram a história, acaba sendo indispensável a intervenção do Supremo Tribunal Federal, não contramajoritária, mas representativa. É para fazer andar a história, quando ela tenha parado.

Foi isso que o Supremo Tribunal fez no caso das uniões homoafetivas. Foi isso que o Supremo Tribunal fez no caso de interrupção da gestação de fetos anencefálicos. Foi isso que o Supremo Tribunal fez no caso da disciplina da greve no serviço público, porque não vinha a legislação do Congresso. Foi isso que o Supremo fez no caso da demissão imotivada, quando disse "eu vou regular"; e o Congresso regulou.

¹ Vide, neste sentido, a percepção da Ministra Cármen Lúcia em suas observações preliminares que antecederam seu voto no julgamento da ADI 3.510/DF, referente às pesquisas com células-tronco embrionárias.

² Disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/3683498/ministros-do-stf-reclamam-de-barulho-em-manifestacao-de-servidores>>. Acesso em 01 out 2014.

Portanto, há uma **dimensão representativa** que legitima, com parcimônia, a nossa atuação, para ajudar a superar determinados entraves que são próprios da política, que às vezes são inevitáveis na política e que não desmerecem a política. Mas, nessas horas, é preciso --- eu usei essa expressão em um julgamento, daquela tribuna ---, às vezes, uma vanguarda iluminista que empurre a história, mas que não se embriague dessa possibilidade, porque as vanguardas também são perigosas quando se tornam pretensiosas.
(destaques nossos)

A função contramajoritária das cortes constitucionais, ou seja, o papel de suposta defesa das minorias contra maiorias tirânicas em uma democracia, já foi objeto de severas críticas doutrinárias, sendo corriqueiramente ressaltado o déficit democrático da composição destas cortes. Em última instância, atribui-se a uma maioria inexpressiva, dentre juízes que não foram eleitos pelo povo, o poder para decidir temas tão caros.

Queremos endossar esta opinião de déficit democrático não pelo critério de seleção destes magistrados (legitimação pelo voto), mas pelo resultado de sua produção jurídica, tanto na qualidade do direito assegurado (eficácia social), como no efeito procrastinatório de soluções definitivas, que não passam pelo judiciário.

Se é fato que o ativismo judicial cresce no vácuo de poder do ocaso Legislativo, não é menos correto perceber que o protagonismo entre as funções é cíclico, alternante. Apreciaremos, portanto, algumas alternativas jurídicas e políticas para quando o Poder Legislativo retome a consciência de seu papel e as rédeas de sua atividade. Neste ponto, serão tecidas considerações sobre a preservação da competência legislativa do Congresso, sabatina de magistrados, dotações orçamentárias para o Judiciário, edição sucessiva de leis, etc (BRANDÃO, 2012, p. 232).

Portanto, pelas justificativas ora apresentadas, observa-se a relevância e a atualidade da discussão acerca do ativismo judicial sob o enfoque proposto, na medida em que a propaganda máxima efetividade da Constituição pode ser frustrada pela impossibilidade material do Poder Judiciário para, sozinho, implementar tão vasto rol de direitos previstos pela nossa Constituição.

6.2. Contexto.

Como destacado acima, o contexto temporal-material do objeto insere-se no Brasil, no momento atual, sob a égide da Constituição Federal de 1988 e da legislação infraconstitucional que trata das relações entre os Poderes Constituídos.

6.3. Pressupostos.

A questão que se propõe discutir no presente trabalho, apoia-se sobre dois pressupostos básicos: a) a defesa de que a atuação judicial proativa cria “direitos vazios”, socialmente ineficazes, e, ao mesmo tempo, adia a percepção popular da ineficiência governamental, sanável periodicamente pelo voto; b) nesse sentido, sugerir alternativas jurídicas e políticas para limitar o ímpeto proativo do Poder Judiciário no exercício da jurisdição constitucional.

7. REFERENCIAL TEÓRICO.

A trajetória da ascensão do Poder Judiciário causa espécie: de um poder que se neutralizava em si mesmo, por força de duas características: (1) modo de formar os tribunais; (2) modo de decidir dos juízes, não merecendo, por isso, grandes preocupações quanto aos seus limites (AMARAL JÚNIOR, 2008, p. 58); para, hodiernamente, uma tábua de salvação ante à crise de legitimidade do Legislativo e no Executivo (BARROSO, 2007, p. 40).

A preponderância atual do Judiciário, no cenário brasileiro, não pode diminuir os valores democráticos, na medida em que é propriamente a democracia que permite alterações sociais sem o recurso à via cruenta da revolução (KELSEN, 2000) e sem o derramamento de sangue (BOBBIO, 1997). Em nossa leitura, tal só é possível porque as paixões humanas foram transpostas para a política e a possibilidade de alternância, pelo voto, é fator de pacificação social e mecanismo de aprendizagem democrática entre erros e acertos.

As doutrinas internacionais que defendem este protagonismo da jurisdição constitucional, a exemplo de Ronald Dworkin e Robert Alexy são veementemente refutadas por refinada doutrina, crítica ao controle de constitucionalidade de leis, a exemplo de Jeremy Waldron e John Hart Ely. A compreensão desta discussão, no cenário norte-americano exige leitura sobre o papel da Suprema Corte dos EUA na obra de Dahl (1957).

Ainda no direito comparado, agora no âmbito jurisprudencial, não podemos esquecer da ineficácia social do caso *Brown v. Board of Education* (1955). Nunca é demais

lembrar que não foi a decisão em *Brown v. Board of Education* (1955) que acabou de fato com a segregação racial americana. Tal decisão se prestou apenas para superar a vergonhosa chancela da Suprema Corte americana às chamadas *Jim Crow laws*, leis de caráter discriminatório mantidas desde o julgamento de *Plessy v. Ferguson* (1896) e que amparavam a doutrina *equal but separated*.

Em verdade, a conquista contra a segregação nos Estados Unidos decorre justamente da incapacidade de alteração do panorama fático por meio da pena judicial. Tal conquista decorreu das históricas lutas pelos direitos civis nos EUA, que culminou com a aprovação pelo Congresso Americano da Lei dos Direitos Civis, apenas em 2 de julho de 1964, ou seja, nove anos após a decisão do caso *Brown v. Board of Education*.

No âmbito interno, merecerão nossa atenção os casos de notória atuação proativa do Supremo Tribunal Federal em temas como células-tronco embrionárias, uniões homoafetivas, financiamento empresarial de campanhas eleitorais, *royalties* do petróleo, importação de pneus usados, precatórios judiciais, além de uma vasta gama de decisões de instâncias inferiores envolvendo acesso à leitos hospitalares e medicamentos.

Na doutrina nacional, a análise da obra de Lênio Streck nos fornecerá argumentos críticos ao ativismo judicial levado a termo pelas cortes brasileiras. Ademais, no aspecto propositivo de nossa dissertação, ou seja, nas possibilidades jurídicas e políticas para contenção do ativismo judicial a cargo do Supremo Tribunal, a obra de Rodrigo Brandão é rico manancial.

Assim, mostra-se fundamental a reunião de literatura nacional e estrangeira sobre esse tema, como forma de elaborar um referencial teórico apropriado para a pesquisa ora proposta.

8. OBJETIVOS

8.1. Objetivo geral.

O objetivo geral da pesquisa consiste na identificação de casos judiciais em que o reconhecimento de direitos pelo Judiciário foi inócua em termos da realidade social, bem como de decisões que, embora corretas do ponto de vista jurídico, careceram de legitimidade política e contribuíram para um atraso na percepção de erros dos governantes pelos eleitores, atrasando a mudança possibilitada pelas urnas.

8.2. Objetivo específico.

Especificamente se objetiva: (i) oferecer sugestões políticas para frear o ativismo judicial no país; (ii) identificar e analisar possíveis soluções jurídicas para esta contenção; (iii) identificar exemplos de autocontenção pelas Corte Constitucionais no direito comparado.

9. METODOLOGIA E OBJETO INVESTIGADO.

Basicamente, a metodologia da pesquisa é de natureza descritiva e analítica, considerando a necessidade de avaliar o contexto político e jurídico-institucional das relações interinstitucionais entre Judiciário e, sobretudo, o Legislativo.

Mostra-se necessário aprofundado estudo bibliográfico da doutrina respeitante ao direito constitucional, mormente daquela que versa sobre representação democrática, separação de poderes, direitos políticos e direitos fundamentais. Nesta análise se inserem leituras de materiais nacionais e na língua inglesa, de modo a apurar a mais atual literatura sobre o tema, identificar quais as interpretações existentes para os propósitos da pesquisa e conhecer como outros países buscaram ou tem buscado solucionar situações semelhantes, em estudo comparado.

Igualmente, por se tratar de um estudo que envolve uma realidade não somente normativa, mas empírico-jurisprudencial, o objeto investigado compreende ainda a análise pormenorizada das decisões do Supremo Tribunal Federal nos temas já destacados: células-tronco embrionárias, uniões homoafetivas, financiamento empresarial de campanhas eleitorais, *royalties* do petróleo e importação de pneus usados.

Pretendemos, entretanto, identificar e aprofundar a análise de um ou dois julgados do Supremo Tribunal Federal, a fim de verticalizar e comprovar a hipótese.

10. CRONOGRAMA.

O plano de trabalho que se pretende desenvolver ao longo do mestrado pode ser apresentado na forma do seguinte cronograma de atividades, considerando que o candidato já cursou cinco disciplinas como aluno especial:

	1º Semestre	2º Semestre	3º Semestre
Conclusão das Disciplinas Restantes			
Coleta e Análise Bibliográfica			
Elaboração e defesa da dissertação.			

11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

ALEXYY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Malheiros, 2012.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. *Sobre a organização de poderes em Montesquieu: Comentários ao Capítulo VI do Livro XI de “O espírito das leis”* in Revista dos Tribunais, vol. 868, 2008, p. 53-68.

BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito. (O Triunfo Tardio do Direito Constitucional no Brasil)*. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, no. 9, março/abril/maio, 2007. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 08 de setembro de 2014.

BOBBIO, Norberto. *O Futuro da Democracia: Uma defesa das regras do jogo*. 6ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais: a quem cabe dar a última palavra sobre o sentido da Constituição?* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.

CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo: significado y niveles de análisis. El canon neoconstitucionalismo*. Madrid: UNAM/Trotta, 2010. Coord. Miguel Carbonell e Leonardo García Jaramillo.

DAHL, Robert. *Decision-making in a democracy: the Supreme Court as a national policy-maker*, 1957 in <http://epstein.usc.edu/research/courses/judpol.Dahl.pdf>

DWORKIN, Ronald. *Equality, Democracy, and Constitution* in Alberta Law Review, n. XXVIII, 1989-1990, p. 324-346.

KELSEN, Hans. *A Democracia*. 2ª Edição. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *Os artigos federalistas*, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, n. LI e LXXVIII.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, baron de la Brède et de. *O espírito das leis*, tradução de Fernando Henrique Cardoso e Leôncio Martins Rodrigues, Brasília: UnB, 1995, p. 118-125.

SARMENTO, Daniel. *O Neoconstitucionalismo no Brasil: Riscos e Possibilidades*. In: QUARESMA, R.; OLIVEIRA, M. L.; OLIVEIRA, F. (Org.). Neoconstitucionalismo. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

VALOR ECONÔMICO. *Ministros do STF reclamam de barulho em manifestação de servidores*. Disponível em <<http://www.valor.com.br/politica/3683498/ministros-do-stf-reclamam-de-barulho-em-manifestacao-de-servidores>>. Acesso em 01 de outubro de 2014.

WALDRON, Jeremy. *The core of the case against judicial review* in The Yale Law Journal, n. 115, p. 1346-1406. Disponível na Internet: <<http://philosophyfaculty.ucsd.edu/FACULTY/RARNESON/Courses/Waldroncore.pdf>>. Acesso em: 30 de setembro de 2014.