



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO

O ATIVISMO JUDICIAL E A PRÁTICA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS
NO ÂMBITO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE

BRASÍLIA (DF)

2014

CLAUDIA DE OLIVEIRA FONSECA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A PRÁTICA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS
NO ÂMBITO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

**Dissertação apresentada como requisito parcial
para obtenção do título de Mestre em Direito, no
Programa de Pós-graduação da Faculdade de
Direito da Universidade de Brasília, área de
concentração “Direito, Estado e Constituição”.
Orientador: Prof. Dr. Juliano Zaiden Benvindo**

BRASÍLIA (DF)

2014

CLAUDIA DE OLIVEIRA FONSECA

**O ATIVISMO JUDICIAL E A PRÁTICA DOS DIÁLOGOS INSTITUCIONAIS
NO ÂMBITO DA CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À SAÚDE**

A candidata foi considerada aprovada pela banca examinadora.

Professor Doutor Juliano Zaiden Benvindo - UnB
(Orientador)

Professor Doutor Leonardo Augusto de Andrade Barbosa – CEFOR
(Membro externo)

Professor Doutor Cláudio Ladeira de Oliveira – UnB
(Membro interno)

Professor Doutor Argemiro Cardoso Moreira Martins – UnB
(Suplente)

Brasília, 03 de abril de 2014.

“A interação entre instituições que buscam maximizar seus respectivos desempenhos deliberativos é o que de melhor podemos esperar de uma democracia organizada sob o princípio da separação de poderes”.

Conrado Hübner Mendes.

*Aos meus familiares, pelo suporte essencial que me fortalece para superar os desafios.
Ao meu pai (in memoriam).*

AGRADECIMENTOS

A realização deste curso só foi possível graças ao apoio de pessoas e instituições, que me ajudaram superar as adversidades surgidas ao longo do caminho. E, neste momento, tenho a oportunidade de tornar público o apoio que recebi durante essa caminhada.

Aos meus familiares, que sempre me inspiraram dedicação aos estudos. Especialmente, minha mãe, por me apresentar o mundo encantado da leitura e por sempre me motivar a dar o passo seguinte. Às minhas irmãs, irmãos, sobrinhos, sobrinhas e demais familiares, pelo apoio constante. A todos vocês, agradeço por me inspirarem a constante vontade de aprender e por me mostrarem o quanto a educação é preciosa.

Aos amigos: velhos e novos amigos. O que seria da nossa caminhada sem essas pessoas especiais, com as quais não temos vínculo sanguíneo, mas as escolhemos para nos acompanhar no caminho da vida, estando sempre perto de nós? Amigo, pessoa que nos alegra pelo simples fato de fazer parte de nossa vida. Os meus amigos também se fizeram presente neste caminhar, alguns acompanharam à distância, outros bem de perto, compartilhando os momentos bons e os momentos mais difíceis, sempre dispostos a estender a mão. Obrigada a cada um de vocês pelo carinho e generosidade.

Agradeço ainda, a duas amigas que foram essenciais para facilitar a minha chegada em Brasília: Fernanda, amiga e colega de trabalho, demonstrando sensibilidade com a minha mudança para a cidade de Brasília, onde eu não conhecia ninguém, colocou-me em contato com Loyd, que me acolheu como se acolhe um amigo de longa data. Fernanda e Loyd, agradeço pela sensibilidade de vocês, pela amizade, pela segurança e tranquilidade que me foi proporcionada, especialmente, no momento de minha chegada em Brasília. Espero, sinceramente, ter a oportunidade de fazer por alguém o que vocês fizeram por mim.

Dos colegas da turma é preciso destacar alguns nomes: Paulo, Euler, Bernardo, Daniele, Michele, Cris, Rafael, Erik, Andréa, Ana Lúcia, Adriano: alguns pela disponibilidade em ajudar, outros pelo carinho amigo.

Agradeço aos professores do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Direito da UnB, com os quais tive a oportunidade de conviver durante o mestrado. Agradeço, especialmente, ao meu orientador, o professor Juliano Zaiden Benvindo, por acreditar na realização deste trabalho, pela sua valiosa e dedicada orientação e por possibilitar o conhecimento do novo: o acesso a um universo de autores e a um debate que, de outra forma, provavelmente não fosse possível.

Agradeço ainda aos colegas dos grupos de pesquisa “Observatório do STF” e “Ontologia e Constituição”, pelas reflexões críticas e discussões enriquecedoras que sempre aconteciam durante as reuniões dos grupos de pesquisa. Muitas passagens do presente trabalho são resultado da inspiração das calorosas discussões destes dois grupos de pesquisa; cada um, de uma forma diferente, contribuiu com ideias e autores que foram incorporados na produção da dissertação.

Importante também registrar a atenção e carinho sempre presente no atendimento na Secretaria da Pós-graduação. A sensação era de estar entre amigos. Euzilene, Helena, João, Lionete e os (as) estagiários (as), agradeço a cada um de vocês, exemplares servidores públicos, que sempre nos atendia com um sorriso no rosto e uma enorme vontade de solucionar os problemas.

Suporte fundamental veio da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB) e dos colegas da Área de Direito, com a liberação total de minha carga horária para que eu pudesse me dedicar, em tempo integral, ao curso de pós-graduação. Também deixo registrado o meu especial agradecimento ao professor Ruy Medeiros, exemplo de profissional que aprendi a admirar pela sua competência, simplicidade, dedicação e, sobretudo, pela rara sinceridade com que torce pelo sucesso de todos aqueles que passam pelo seu caminho.

Agradeço também ao professor Gildásio, pela sua valiosa contribuição na elaboração do projeto de pesquisa e por me certificar que eu estava fazendo a melhor escolha, quando me candidatei à seleção para ingresso no mestrado em Direito da UnB.

Agradeço ainda à Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia que juntamente com a Secretaria de Administração do Estado da Bahia (SAEB) me concedeu o auxílio financeiro necessário para facilitar a minha permanência em Brasília, com total segurança, possibilitando a transformação do meu sonho em realidade.

E, finalmente, agradeço a Deus, Senhor de todas as coisas, que tem me amparado em todos os momentos de minha vida e que foi presença constante em mais esta etapa.

RESUMO

A concretização de direitos essenciais do cidadão tem ocupado as estatísticas do Judiciário brasileiro, demonstrando, de forma perceptível, a interferência judicial na esfera de atuação dos poderes políticos e consagrando a judicialização da política e o ativismo judicial. Dentre os direitos essenciais, o direito à saúde está entre o que mais aparece na pauta de decisões do Judiciário, transferindo a expectativa de sua concretização dos poderes políticos para o Judiciário. A presente dissertação pretende investigar a possibilidade de interação dialógica entre as instituições na busca pela concretização do direito à saúde. A possibilidade de adotar a prática dialógica interinstitucional indica uma maior preocupação em solucionar problemas constitucionais, pois o Judiciário e, mais especificamente, o STF não pode ser considerado o intérprete exclusivo da Constituição. Para tanto, em contraposição à postura ativista adotada pela Corte na atualidade, serão analisadas propostas de “diálogo institucional” que podem ser concretizadas a partir de uma postura minimalista dos magistrados. Será também realizada uma análise dos argumentos da presidência do STF em decisões proferidas antes e depois da audiência pública de saúde, realizada em 2009, com o propósito de verificar se a convocação da audiência se mostrou como verdadeira tentativa de diálogo e se produziu alguma alteração no posicionamento da Corte, no tocante à concretização de direitos, ou se serviu unicamente para reforçar o posicionamento que já vinha sendo adotado.

Palavras-chave: Direito à saúde. Ativismo judicial. Diálogo institucional. Minimalismo judicial. Poder Judiciário. Democracia.

ABSTRACT

The implementation of essential rights of citizens has occupied the Brazilian Judiciary statistics, demonstrating, noticeably, judicial interference in the sphere of action of political powers and consecrating judicialization of politics and judicial activism. Among the essential rights, the right to health is among what else appears in the decisions of the judiciary, downloading the expectation of their realisation of the political powers for the judiciary. The present dissertation aims to investigate the possibility of dialogic interaction between institutions in the quest for the realization of rights. Adopt the dialogue may signal a greater concern in solving constitutional problems, because the judiciary and, more specifically, the Supreme Court cannot be considered the exclusive interpreter of the Constitution. To this end, in contrast to the activist stance adopted by the Court at the present time, will be reviewed proposals for "institutional dialogue" that can be achieved from a minimalist stance of the magistrates. Will be also carried out an analysis of the arguments of the Presidency of the Supreme Court in judgments given before and after the public hearing, held in 2009 with the purpose to verify that the convening of the hearing proved to be true if dialog attempt produced a change in placement of the Court with regard to the implementation of rights, or if served only to reinforce the position that was already being adopted.

Keywords: Right to health. Judicial activism. Institutional dialogue. Judicial minimalism. Judiciary. Democracy.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI – Ação Declaratória de Inconstitucionalidade;
ADC – Ação Declaratória de Constitucionalidade;
ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental;
Ag. Reg. – Agravo Regimental;
ANVISA – Agência Nacional de Vigilância Sanitária
CF – Constituição Federal;
LC – Lei Complementar;
Min. – Ministro
MPF – Ministério Público Federal
MS – Mandado de Segurança;
OAB – Ordem dos Advogados do Brasil;
RE – Recurso Extraordinário;
RISTF – Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal;
RISTJ – Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça;
STA – Suspensão de Tutela Antecipada;
STF – Supremo Tribunal Federal;
STJ – Superior Tribunal de Justiça;
SUS – Sistema Único de Saúde;
TJ – Tribunal de Justiça;
TRE – Tribunal Regional Eleitoral;
TRF – Tribunal Regional Federal;
TSE – Tribunal Superior Eleitoral.

SUMÁRIO

Introdução.....	13
Capítulo 1 – Os direitos essenciais na doutrina brasileira.....	17
1.1 O tratamento doutrinário aos direitos essenciais	17
1.1.1 O mínimo existencial como requisito para uma vida com dignidade.....	20
1.2 Considerações gerais sobre a abordagem doutrinária referente ao mínimo existencial.....	23
1.3 O tratamento jurisprudencial aos direitos essenciais	24
1.4 Algumas considerações sobre o tratamento jurisprudencial atribuído aos direitos essenciais	28
1.5 Considerações gerais sobre o tratamento doutrinário e jurisprudencial concedido ao mínimo existencial	29
1.6 Palavras finais	32
Capítulo 2 – O ativismo judicial e a concretização de direitos	35
2.1 Introdução	35
2.2 O ativismo judicial e a judicialização da política.....	36
2.3 Críticas ao ativismo judicial	46
2.4 O ativismo do Supremo Tribunal Federal: o discurso axiológico e a concretização dos direitos essenciais	58
2.5 Palavras finais	63
Capítulo 3 – Judiciário x Legislativo: aspectos controversos entre democracia e controle de constitucionalidade.....	66
3.1 Ideias introdutórias	66
3.2 A teoria de Jeremy Waldron – a dignidade da legislação	67
3.3 O embate entre a revisão judicial e a supremacia legislativa – quem decide: o legislador ou o Supremo Tribunal Federal?	71
3.4 A possibilidade do diálogo institucional.....	75
3.4.1 Os diálogos institucionais na concepção de Christine Bateup	77

3.4.2 O minimalismo judicial: um caminho para o diálogo entre as instituições	81
3.5 Considerações gerais sobre as teorias dos diálogos institucionais apresentadas.....	86
3.6 Palavras finais	90

Capítulo 4 – A função política do Judiciário e a possibilidade de diálogos institucionais para concretização do direito à saúde92

4.1 Introdução	92
4.2 A função política exercida pelo Poder Judiciário: definição e características.....	93
4.3 O direito à saúde no âmbito do STF - entre o ativismo judicial e a possibilidade de diálogos institucionais.....	97
4.3.1 A audiência pública sobre saúde: uma possibilidade para a instauração dos diálogos institucionais.....	98
4.3.2 Análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal	102
4.3.3 A jurisprudência do STF antes da audiência pública.....	103
4.3.4 A jurisprudência do STF após a audiência pública.....	107
4.4 Considerações gerais sobre as decisões analisadas.....	110
4.5 Palavras finais	115

5. Conclusão119

6. Bibliografia.....124

Introdução

A Constituição Federal de 1988 trouxe um amplo rol de direitos sociais que traçaram um delineamento da atuação estatal no sentido de fomentar a igualdade, de modo a garantir bens e serviços essenciais àquelas pessoas que não possuem condições de arcar com seus próprios esforços.

Assim, a leitura que a doutrina tem feito desse dispositivo constitucional é no sentido que cabe ao ente estatal fornecer essas prestações que assegurem uma existência digna. E, na hipótese de o Estado não assegurar as condições materiais para se viver em um patamar de dignidade, deve-se recorrer ao Poder Judiciário, que poderá determinar a efetivação do direito não tutelado no âmbito administrativo.

Imbuído no desejo de que o seu direito seja satisfeito, ao procurar a via judicial, o cidadão deposita no Judiciário as expectativas de encontrar uma solução para o seu problema, não importa se há (ou não) limitação de recursos públicos para atender às demandas individuais, não importa a quem cabe o dever de decidir. Quase sempre é o Judiciário quem decide, consagrando uma postura marcada pelo ativismo, que faz com que a judicialização passe a ser considerada uma forte aliada para a efetivação de direitos, em um contexto marcado pelas limitações orçamentárias do poder público.

Sempre que a demanda versa sobre direitos sociais, o entendimento que tem prevalecido na doutrina, é que se trata de direitos prioritários e que devem ser satisfeitos pelo Estado, pois é “um direito constitucional imediatamente exigível, que não pode ser objeto de intervenção do ente estatal e que exige a entrega, pelo Estado, de prestações positivas”¹. Essa postura, adotada doutrinariamente, vem gerando reflexos na jurisprudência.

Dentre os direitos essenciais, o direito à saúde está entre o que mais aparece na pauta de decisões do Judiciário; é nesse campo que sobra espaço para uma atuação extremamente ativista, com risco de intervenção na esfera dos demais poderes estatais. E assim, mais precisamente no âmbito do direito à saúde, a judicialização das políticas públicas encontrou suporte para o seu pleno desenvolvimento.

¹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 8.

É certo que com a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário passou a ser visto, por muitos, como o “guardião das promessas”² e o principal responsável pela concretização do ideal constitucional. Dessa forma, o texto constitucional abrangente, no que diz respeito à proteção e efetivação dos direitos sociais, fez com que grandes expectativas da população, no sentido de ver os seus direitos atendidos, fossem depositadas no Judiciário.

Essa busca pelo Judiciário fez com que os tribunais se tornassem parte do jogo político e esse protagonismo ganha, cada vez mais, uma maior evidência. Talvez seja o caminho rumo à “juristocracia”³ ou ainda à “supremocracia”, utilizando as palavras de Oscar Vilhena⁴.

Assim, essa associação entre a busca pela concretização de direitos considerados essenciais, somado a um possível desejo pela ampliação de poder, tem levado os tribunais brasileiros a um protagonismo exacerbado, marcado, fundamentalmente, pelo ativismo judicial.

O estudo mais detalhado dessa situação demonstra que os tribunais não estão aparelhados para tanto, pois a própria limitação institucional não lhes permite um olhar mais criterioso quanto à alocação dos recursos públicos. Além disso, também não é possível medir o impacto econômico e financeiro das decisões que são proferidas na perspectiva de concretização indiscriminada dos direitos sociais.

O Judiciário tem duas opções: continuar trilhando o mesmo caminho, seguindo em direção a um ativismo cada vez mais acentuado, aumentando a tensão entre os poderes, ou buscar uma maior interação que viabilize o diálogo entre as instituições na tarefa de interpretar o texto constitucional e concretizar os direitos nele previstos.

A presente proposta de pesquisa pretende analisar essa possibilidade de interação dialógica institucional, mais especificamente entre o Legislativo e o Judiciário, na perspectiva de concretização de direitos. Quanto ao Judiciário, o estudo se limitará à análise da atuação do Supremo Tribunal Federal, responsável pela guarda da Constituição.

² GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. Tradução de Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

³ HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

⁴ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008.

A viabilidade dessa interação dialógica entre corte e parlamento vem sendo apontada como um caminho importante para a reaproximação entre a representação democrática e o sistema de revisão judicial, além de sinalizar a possibilidade da construção de uma forma alternativa e cooperativa da interpretação constitucional, uma vez que a tarefa de dar significado ao texto constitucional deve ser compreendida com resultado da intervenção de muitos atores e não somente um⁵.

Daí surge a necessidade de desconstrução dessa concepção do processo de interpretação da Constituição, restrita e exclusiva como uma função judicial atribuída pelo Poder Constituinte. O presente trabalho tem como proposta principal analisar a possibilidade (ou não) de interação entre as instituições para a concretização do direito à saúde. Nesse sentido, o ponto de partida é a hipótese de que a judicialização das políticas públicas devem ceder espaço à interação entre as instituições, através do estabelecimento do diálogo, como melhor forma de concretizar o direito à saúde, previsto no texto constitucional.

Com esta perspectiva, o presente trabalho está estruturado em quatro capítulos. O primeiro capítulo será dedicado a um breve estudo do tratamento doutrinário concedido aos direitos essenciais e o reflexo desse entendimento na postura adotada pelos magistrados, no momento de decidir o caso concreto. Pretende-se verificar, em que medida, o entendimento da doutrina influencia a decisão judicial que será proferida.

A expansão do Poder Judiciário será analisada no segundo capítulo. O impulso doutrinário ao ativismo vem com o tratamento do “mínimo existencial”, que possibilita ao magistrado enxergar a Constituição como uma “carta de valores”. A ideia da necessária garantia do “mínimo existencial” parece conduzir os tribunais brasileiros a uma leitura mais axiológica que deontológica do texto constitucional. Ainda neste capítulo, serão avaliados os benefícios e riscos dessa postura ativista do Judiciário na concretização de direitos. Pretende-se também analisar qual a melhor postura a ser adotada: uma postura marcada pelo ativismo ou pela autocontenção, de modo que um dos Poderes do Estado não interfira na esfera de atuação do outro, gerando o desequilíbrio.

O terceiro capítulo tem início com a análise da supremacia legislativa, em detrimento da supremacia judicial, estudada no capítulo anterior. A perspectiva é

⁵ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009.

apresentar os fundamentos doutrinários que atribuem ao Legislativo maior legitimidade para a interpretação dos direitos, por seu caráter mais democrático. Em contraponto às duas perspectivas, será analisada a teoria dos diálogos institucionais, com o objetivo de melhor compreender a possibilidade de interação entre os poderes estatais na concretização de direitos fundamentais.

A ideia de diálogos entre as instituições parte do pressuposto que não cabe, de forma exclusiva, ao Judiciário, a última palavra em questões constitucionais, o que vem acontecendo nas demandas que versam sobre direitos essenciais e, no caso específico do presente estudo, demandas que buscam a concretização do direito à saúde. Assim, pretende-se analisar a possibilidade de uma interação deliberativa conjunta entre as instituições, com o objetivo de produzir melhores respostas para os dilemas constitucionais.

No quarto capítulo será estudado o papel político do Judiciário na interpretação dos direitos constitucionais. O objetivo é analisar a atuação do Supremo Tribunal Federal em sua prática decisória, com a intenção de verificar a possibilidade de adotar os diálogos institucionais para amenizar os problemas relacionados ao embate entre os poderes estatais, quando se trata de concretização do direito à saúde. Para tanto, será feita uma breve análise da audiência pública em saúde, convocada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, bem como de decisões proferidas pela Corte em momento anterior e posterior à realização da audiência pública a fim de investigar se a sua convocação produziu efeitos na prática decisória adotada pelo tribunal, de modo a sinalizar eficácia na instauração dos diálogos institucionais no direito brasileiro, para concretização do direito à saúde.

Adotar uma postura de diálogo pode sinalizar uma maior preocupação em solucionar problemas constitucionais, pois o STF não pode ser visto como o intérprete, por excelência, da Constituição. Para tanto, será vital quebrar o mito da supremacia judicial e compreender o processo de interpretação constitucional como uma atividade interativa entre os poderes políticos, o Judiciário e a sociedade, de modo que todos possam compartilhar igual responsabilidade. Dessa forma, acredita-se que a interação entre os centros de poder viabilizará um maior respeito à dimensão coletiva do direito e, ao mesmo tempo, possibilitará uma melhor gestão do sistema público de saúde.

Capítulo 1 - Os direitos essenciais na doutrina brasileira

1.1 O tratamento doutrinário aos direitos essenciais

A Constituição Federal de 1988 ampliou consideravelmente o rol de direitos sociais, na perspectiva de promover a igualdade e garantir o acesso do indivíduo a bens e serviços fornecidos pelo Estado.

Essa preocupação em construir uma sociedade mais solidária que busca proteger a dignidade humana e que visa à realização de uma igualdade material e não meramente formal, constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito⁶.

Assim, a partir de 1988 tem-se uma democracia mais comprometida com a concretização dos direitos sociais. Embora a satisfação dessa categoria de direitos guarde certa dependência de uma atuação do ente estatal, por meio da concessão de prestações positivas, já não se espera a iniciativa do Estado para entrega das prestações estatais, mas começa uma corrida ao Poder Judiciário na perspectiva que esses direitos sociais sejam garantidos e efetivados.

Com essa alteração substancial nos ideais democráticos do Estado, o papel do juiz começa a mudar e ultrapassa a função de simples aplicador da lei e ele passa a interpretá-la de acordo com a realidade, na perspectiva de “trabalhar ativamente para consolidar um novo ideal de justiça, qual seja, o da justiça social distributiva”⁷.

Na prática, o poder público quase sempre aponta dificuldade financeira para garantir ao cidadão as condições ideais de sobrevivência, o que tem acarretado a

⁶ Neste sentido: “Liberdade e igualdade, como direitos fundamentais, não mais podem ser entendidas em seu sentido exclusivamente formal. Para serem plausíveis requerem, agora, a sua materialização em direitos que constitucional e legalmente, protejam, como vimos, o lado mais fraco das várias relações e que viabilizem políticas públicas inclusivas (acesso à saúde, à educação, à cultura, a tentativa de controle estatal e jurídico da economia buscando evitar as crises cíclicas do capitalismo, etc). O constitucionalismo clássico, ao desconhecer as diferenças materiais, as desigualdades efetivamente existentes entre os indivíduos, a título de buscar proteger-lhe a liberdade, afirmou uma compreensão exclusivamente formal e intimamente associada à propriedade privada da igualdade e da liberdade, que possibilitou a maior exploração do homem pelo homem de que se tem notícia na história”. (CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio L. *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 148).

⁷ CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Op. cit., p. 221.

intervenção do Poder Judiciário, por meio de provocação do jurisdicionado, na perspectiva de ver o seu direito concretizado.

É a partir desse momento que se começa a perceber uma transferência de poder político para o Judiciário, que passa a ser chamado para intervir na concretização dos direitos prestacionais, assegurados constitucionalmente e não efetivados pela atuação dos Poderes Legislativo e Executivo.

Apesar da previsão expressa no texto constitucional e do destaque doutrinário para a temática, a efetivação dos direitos de caráter prestacional encontra, na atualidade, muitas limitações e dificuldades. É nesse contexto que a doutrina brasileira vem recorrendo à teoria do “mínimo existencial”, composto de direitos subjetivos contra os quais não caberia, pelo ente estatal, a alegação de escassez de recursos públicos. Para os defensores dessa teoria, é dever do poder público disponibilizar prestações que assegurem uma existência digna ao cidadão e, se tais prestações não são garantidas pelo ente estatal, cabe ao cidadão recorrer ao Judiciário, que em seu dever de garantir o cumprimento dos direitos constitucionais, não poderia se esquivar dessa responsabilidade, por se tratar de demanda que busca a concretização de direitos essenciais para uma vida com dignidade.

Dessa forma, em muitas situações, a decisão sobre a fruição de tais direitos sai da esfera dos poderes políticos para a esfera judicial, que se concentra na ideia de cumprimento do texto constitucional e não lança um olhar mais apurado para a questão da limitação orçamentária do poder público nem para a separação de poderes. Assim, grande parte das decisões sobre efetivação de políticas públicas e concretização de direitos, sai das mãos dos poderes políticos e vai para o âmbito de atuação do Judiciário, consagrando uma postura marcada pelo ativismo judicial.

Direitos essenciais do ser humano como saúde, educação, moradia, etc., estão entre os mais recorrentemente judicializados, levando o Judiciário a adotar uma postura marcada pelo ativismo, com risco de intervenção na esfera de atuação dos demais poderes estatais. Alguns doutrinadores brasileiros apontam até onde o Judiciário pode chegar nessa tarefa para concessão de bens e direitos, apontando o que deve ser considerado indispensável e o que pode ser deixado para depois.

No próximo tópico será examinada a forma como a doutrina brasileira tem tratado a temática referente à garantia de direitos essenciais. A construção de conceitos

genéricos tem prevalecido na abordagem dos diferentes doutrinadores, associada a uma construção teórica que vê o Judiciário como a instituição detentora da responsabilidade para efetivar essa categoria de direitos, não concretizados nas demais esferas de poder. Assim, no caso concreto, a questão normalmente vai parar no âmbito do poder Judiciário, como instância capaz de solucionar todos os problemas, gerando um desequilíbrio na harmonia que deveria existir entre os poderes estatais.

Essa crise, no que diz respeito à separação de poderes, vai gerar inúmeros outros problemas, como o ativismo judicial e a dificuldade no estabelecimento de diálogos entre as instituições, na perspectiva de se construir a decisão que possa representar, da melhor forma possível, uma solução para o caso concreto.

Nessa perspectiva, com fundamento no texto constitucional e como instrumento para efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana, a doutrina brasileira faz referência à necessidade de garantia do mínimo existencial, indicando quais parcelas compõem esse núcleo essencial indispensável para que o cidadão possa viver com dignidade. Como será possível ver no tópico seguinte, os doutrinadores brasileiros chegam ao exagero de estabelecer um rol com as possíveis parcelas que compõem o que eles consideram o mínimo necessário para uma vida digna, como se fosse possível, de forma simplificada, quantificar a dignidade humana.

O tratamento doutrinário relacionado à caracterização do mínimo existencial tem sido feito sob vários enfoques. Três deles⁸ aparecem de forma mais recorrente entre os doutrinadores: a) o mínimo existencial enquanto requisito para a liberdade; b) o mínimo existencial como garantia para a efetiva democracia; e c) o mínimo existencial como requisito para uma vida com dignidade. No presente estudo, interessa principalmente a abordagem relacionada à dignidade humana.

Inicialmente, será apresentado o tratamento doutrinário do tema e, em seguida, o tratamento jurisprudencial. Após verificarmos como tem sido a abordagem da doutrina e sua possível influência sobre a produção jurisprudencial dos tribunais, teceremos algumas considerações relacionadas aos posicionamentos apresentados.

⁸ Quanto aos demais enfoques da doutrina sobre o mínimo existencial, Cláudia Honório apresentou em sua dissertação de mestrado intitulada *Olhares sobre o mínimo existencial em julgados brasileiros*, estudo sistematizado e aprofundado sobre o assunto, que se encontra disponível para consulta no endereço: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/17942/claudia1.pdf?sequence=1>.

Desde já, com as considerações aqui apresentadas, e sem pretender antecipar a conclusão a que se chegará, é possível perceber que há um descompasso nesse entendimento doutrinário. Não parece fazer sentido acreditar que a dignidade humana possa ser contabilizada por meio de um rol de parcelas criado pela doutrina.

Afirmar que a dignidade humana pode ser concretizada pela concessão estatal de algumas parcelas, ainda que outras, igualmente essenciais, não sejam concedidas, quando ambas guardam entre si a mesma relação de necessidade para uma vida digna, revela-se como um argumento meio confuso e que exige uma reflexão mais aprofundada. O mais grave é que esse entendimento vai influenciar o posicionamento de alguns magistrados quando estiverem proferindo suas decisões sobre tal temática e que, poderá conduzi-los a uma postura ativista, inviabilizando a realização de uma maior interação entre os poderes estatais, por meio da prática dos diálogos institucionais ⁹.

1.1.1 O mínimo existencial como requisito para uma vida com dignidade

Este é o enfoque mais observado entre os defensores do mínimo existencial. A maioria dos doutrinadores afirma que a garantia de direitos essenciais é imprescindível para que o homem tenha uma vida com dignidade. Esse conteúdo essencial seria, portanto, um núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais, constituindo-se, dessa forma, em limite para a atuação do ente estatal ¹⁰.

Nesse sentido, a obrigação do ente estatal vai além do seu dever de não praticar atos que violem a dignidade humana, pois o Estado tem o dever de promover esta dignidade por meio de condutas ativas, por exemplo, mediante a garantia de um mínimo vital para cada ser humano em seu território, afirma Daniel Sarmiento ¹¹. O autor entende também que a dignidade humana é aviltada não apenas quando o ser humano é privado de alguma das suas liberdades fundamentais, mas também quando não lhe é garantido o acesso a direitos essenciais, tais como: alimentação, educação básica, saúde, moradia, etc. ¹².

⁹ O ativismo judicial será objeto de estudo do capítulo II e os diálogos institucionais serão estudados no capítulo III do presente trabalho.

¹⁰ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 85.

¹¹ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, pp. 70-71.

¹² *Ibidem*, p. 71.

Nesse pensar, o mínimo existencial é considerado como núcleo irredutível da dignidade humana e corresponde a um conjunto de circunstâncias materiais mínimas a que todo ser humano tem direito, tendo em vista, dentre outros critérios, principalmente a sua essencialidade ¹³.

A percepção de Claudio Pereira de Souza Neto é que “garantir a dignidade implica também prover iguais condições para que as pessoas possam escolher como querem viver suas vidas”. O autor reconhece que nem todas as pessoas conseguirão atingir o sucesso profissional desejado, isso dependerá do esforço pessoal de cada um, mas a concessão de um sistema de igualdade de oportunidades é de fundamental importância. Quando o Estado nega esse direito, ele “não está atribuindo a todos os projetos pessoais de vida o mesmo valor e com a mesma dignidade” ¹⁴.

Doutrinando em defesa do enfoque do mínimo existencial como instrumento para efetivação da dignidade humana, Ana Paula de Barcellos ensina que o mínimo existencial é o núcleo, a esfera dotada de eficácia positiva do princípio da dignidade ¹⁵. Seriam, portanto, “imperativos da dignidade humana” que transformam os direitos individuais e políticos em muito mais do que “papel e tinta” ¹⁶. Compartilha desse entendimento Luís Roberto Barroso, para quem o “mínimo existencial é a locução que identifica o conjunto de bens e utilidades básicas para a subsistência física e indispensável ao desfrute da própria liberdade” ¹⁷.

Ana Paula de Barcellos ¹⁸ apresenta uma proposta de mínimo existencial composta por quatro elementos, dos quais três têm caráter material e um, caráter instrumental: ensino fundamental gratuito, prestações de saúde preventiva, assistência

¹³ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R. L. *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 100, 131.

¹⁴ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 538.

¹⁵ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 278.

¹⁶ BARCELLOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, R. L. *Legitimação dos Direitos Humanos*, pp. 100-101.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 225, 2001. p. 31.

¹⁸ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 288.

aos desamparados e acesso à justiça. Na ausência dessas prestações, assegura Barcellos, ocorre violação ao princípio da dignidade humana.

Importante ainda lembrar que, ao tratar de saúde básica, a autora entende que o direito à saúde é composto, unicamente, por aquelas prestações que estejam disponíveis na rede pública¹⁹.

Para a autora, a garantia do direito fundamental à saúde e à educação constitui um primeiro momento da dignidade humana, por proporcionar condições iniciais para, a partir daí, o indivíduo construir a sua dignidade de forma autônoma:

Com efeito, educação e saúde formam um primeiro momento da dignidade humana, no qual se procuram assegurar condições iniciais tais que o indivíduo seja capaz de construir, a partir delas, sua própria dignidade autonomamente. Observe-se que, embora se faça referência a um momento inicial, essas prestações não se concentram necessariamente na infância e juventude: a saúde básica será um elemento que acompanhará a pessoa por toda a sua existência e a educação fundamental poderá vir a ser prestada em qualquer fase da vida, caso não o tenha sido na infância²⁰.

Para não se cair abaixo de um determinado patamar mínimo, a autora entende necessário assegurar a assistência aos desamparados, que consiste num “conjunto de pretensões cujo objetivo é evitar a indignidade em termos absolutos, envolvendo particularmente a alimentação, o vestuário e o abrigo”²¹.

Ainda seguindo essa mesma linha de entendimento, em que se compreende o mínimo existencial como elemento para garantia da dignidade, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo afirmam que o mínimo existencial consiste no “conjunto

¹⁹ Barcellos afirma que as prestações de saúde devem se limitar àquelas que estejam disponíveis na rede pública de saúde: “É claro que a definição de quais prestações de saúde compõe esse mínimo envolve uma escolha trágica, pois significa que, em determinadas situações, o indivíduo não poderá exigir judicialmente do Estado prestações possivelmente indispensáveis para o restabelecimento ou a manutenção de sua saúde, caso elas não estejam disponíveis na rede pública de saúde. Esta é uma decisão que, verdadeiramente, gostaríamos de evitar. É certamente penoso para um magistrado negar, *e.g.*, o transplante ou o medicamento importado que poderá salvar a vida do autor da demanda, pelo fato de tais prestações não estarem compreendidas no *mínimo existencial* que decorre da Constituição e nem constarem de qualquer outra norma jurídica como uma opção política adicional”. (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, p. 304).

²⁰ *Ibidem*, p. 288.

²¹ *Ibidem*, p. 288.

de prestações materiais indispensáveis para assegurar a cada pessoa uma vida condigna, no sentido de uma vida saudável”²².

Segundo Ingo Sarlet, o melhor entendimento não deve compreender o mínimo existencial “como um conjunto de prestações suficientes apenas para assegurar a existência (a garantia da vida) humana (aqui seria o caso de um mínimo apenas vital), mas, mais do que isso, uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável [...] ou mesmo daquilo que tem sido designado como uma vida boa”²³. E para alcançar tais condições de vivência digna, deve-se cobrar do Estado a concretização desse direito²⁴. Segundo ele, nas hipóteses em que não esteja em risco a existência física do indivíduo, pode-se definir um patamar mínimo, tomando por parâmetro o princípio da dignidade. É o que acontece, segundo o autor, com a educação, pois, ainda que ela não seja indispensável para a existência da pessoa, não há dúvida que compõe o mínimo existencial, por ser de fundamental importância para que a dignidade humana seja respeitada²⁵.

1.2 Considerações gerais sobre a abordagem doutrinária referente ao mínimo existencial

²² SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. Direitos Fundamentais & Justiça*. Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007. p. 184.

²³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 62.

²⁴ “As formulações em torno do mínimo existencial expressam que este apresenta uma vertente garantística e uma vertente prestacional. A feição garantística impede agressão do direito, isto é, requer cedência de outros direitos ou de deveres (pagar imposto, p. ex.) perante a garantia de meios que satisfaçam as mínimas condições de vivência digna da pessoa ou da sua família. Neste aspecto o mínimo existencial vincula o Estado e o particular. A feição prestacional tem caráter de direito social, exigível frente ao Estado. Neste caso, não se pode deixar de equacionar se esse mínimo é suficiente para cumprir os desideratos do Estado Democrático de Direito”. (GUERRA, Sidney & EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, nº 9, dezembro de 2006, pp. 379-398, p. 387).

²⁵ No que diz respeito ao direito à educação, Sarlet entende que “poder-se-á sempre afirmar que negar, em face de argumentos como o da ausência de recursos, até mesmo o acesso ao ensino fundamental não chega a comprometer a existência do indivíduo. A resposta a esta indagação, contudo, passa pelo princípio da dignidade humana, que indubitavelmente pressupõe um certo grau de autonomia do indivíduo, no sentido de ser capaz de conduzir a sua própria existência, de tal sorte que a liberdade pessoal [...] constitui exigência indeclinável da própria dignidade. Neste sentido, não restam dúvidas de que manter o indivíduo sob o véu da ignorância absoluta significa tolher a sua própria capacidade de compreensão do mundo e sua liberdade (real) de autodeterminação e de formatar sua existência”. (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 374).

O mínimo existencial, além de não ter “dicção constitucional própria”²⁶ e também não possuir contorno preciso²⁷, está intrinsecamente ligado às condições materiais mínimas para a existência com dignidade – segundo entendimento dos doutrinadores cuja abordagem foi apresentada nesse estudo – uma vez que os seus lineamentos básicos “resultam da paulatina sedimentação de uma pauta de direitos mínimos universalmente aceitos e considerados essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana”²⁸.

Apesar de algumas diferenças de abordagem adotadas pelos diversos autores no tratamento do tema, é facilmente perceptível que os posicionamentos não sofrem muita alteração de um doutrinador para outro, mostrando-se comum a ideia que o Estado tem o dever de garantir a fruição de tais prestações e, dessa forma, assegurar uma vida com mais dignidade, pois, sem o atendimento dessas necessidades fundamentais a pessoa não tem a sua condição humana respeitada.

Esse posicionamento doutrinário, inevitavelmente, vai refletir na jurisprudência, como se verá no tópico seguinte, quando será feita a análise de algumas decisões judiciais. Nessa seara, se a administração pública não concretizou um determinado direito, recorre-se ao Judiciário, como instituição responsável pela concretização do ideal constitucional que, em muitos casos, vai assegurar o direito pleiteado individualmente. Tal postura, além de promover um desequilíbrio nas contas públicas, pode gerar uma desarmonia entre os poderes do Estado, pois, supostamente, é possível que se verifique alguma forma de interferência na esfera de atuação dos demais poderes.

1.3 O tratamento jurisprudencial aos direitos essenciais

Neste tópico será feita uma breve análise do tratamento concedido pelo Judiciário brasileiro ao tema. Serão analisadas algumas decisões e argumentos mais

²⁶ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 78.

²⁷ Conforme Emerson Garcia, no que pese essa indefinição nos contornos desse mínimo necessário, o acesso à educação fundamental é parte integrante desse mínimo existencial, “não só por suas características intrínsecas como em razão de sua importância para a concreção de outros direitos necessários a uma existência digna”. (GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson (coord). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro, Lumen juris, 2004, pp.149-198).

²⁸ *Ibidem*, pp.149-198.

importantes, com o objetivo de obter uma visão panorâmica dos julgados brasileiros sobre a temática em estudo.

No presente trabalho serão analisadas também decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal sobre essa temática. É importante ressaltar que, apesar da maior parte das decisões sobre esse tema não se encontrar no STF, mas no âmbito dos tribunais estaduais, o STF também foi escolhido tendo em vista o objetivo que se pretende alcançar: examinar como a Corte vem se pronunciando nas questões que envolvem direitos essenciais, com vista a analisar a viabilidade (ou não) de uma interação dialógica entre as instituições.

No STF, algumas decisões sobre essa temática se destacam e são citadas de forma reiterada pelos estudiosos do tema. É exemplo a decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no Agravo Regimental nº 677.274/SP, julgado em agosto de 2011, em que foi assegurado o direito fundamental de toda criança de até cinco anos de idade ao atendimento em creche e pré-escola ²⁹.

Na decisão, o relator, Min. Celso de Mello, enfatiza a prerrogativa da educação infantil, prevista no texto constitucional na compreensão global do direito à educação. A educação infantil é estágio indispensável para o processo de desenvolvimento integral da pessoa. Dessa prerrogativa decorre o dever de o ente estatal criar condições objetivas

²⁹ Ementa: Criança de até cinco anos de idade – atendimento em creche e pré-escola – sentença que obriga o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço do trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida – legitimidade jurídica da utilização das “astreintes” contra o poder público – doutrina – jurisprudência – obrigação estatal de respeitar os direitos das crianças – educação infantil – direito assegurado pelo próprio texto constitucional (CF art. 208, IV, na redação dada pela EC nº 53/2006) – compreensão global do direito constitucional à educação – dever jurídico cuja execução se impõe ao poder público, notadamente ao município (CF, art. 211 § 2º) – legitimidade constitucional da intervenção do Poder Judiciário em caso de omissão estatal na implementação de políticas públicas previstas na Constituição – incoerência de transgressão ao postulado da separação de poderes – proteção judicial de direitos sociais, escassez de recursos e a questão das “escolhas trágicas” – reserva do possível, mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e vedação do retrocesso social – pretendida exoneração do encargo constitucional por efeito de superveniência de nova realidade fática – questão que sequer foi suscitada nas razões de recurso extraordinário – princípio “jura novit cúria” – invocação em sede de apelo extremo – impossibilidade – recurso de agravo improvido. Políticas públicas, omissão estatal injustificável e intervenção concretizadora do Poder Judiciário em tema de educação infantil: possibilidade constitucional. (Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo nº 639337, julgado em 23/08/2011, pela Segunda Turma, tendo como Relatora Ministro Celso de Mello, publicado no DJ nº 177 em 15/09/2011).

No mesmo sentido: Recurso Extraordinário nº 472707/SP, julgado em 14/03/06, DJ de 04/04/06, p. 110; Recurso Extraordinário nº 467255/SP, julgado em 22/02/06, DJ de 14/03/06, p. 53; Recurso Extraordinário nº 410715/SP, julgado em 27/10/05, DJ de 08/11/05, p. 56; Recurso Extraordinário nº 436996/SP, julgado em 26/10/05, DJ de 07/11/05, p. 37. Todas essas decisões foram proferidas pelo Ministro Celso de Mello do STF.

que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo acesso das crianças de até cinco anos de idade às creches e pré-escolas. Por se tratar de direito fundamental de alta expressividade, não se submete à análise discricionária do poder público, nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental, afirmou o Ministro. Assim, levando-se em conta o fato de o direito à educação infantil ter alto significado social, ele não pode ser menosprezado pelo Estado, que tem o dever de proporcionar a sua concretização.

Em relação ao mínimo existencial, o relator esclarece que “compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade”.

No entendimento do Ministro relator, embora a formulação e execução de políticas públicas seja prerrogativa dos poderes Legislativo e Executivo, cabe ao Judiciário, excepcionalmente, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas já definidas na Constituição, que estas sejam implementadas sempre que os órgãos estatais competentes se mantiverem omissos e, com isso, possam vir a comprometer a eficácia e a integridade dos direitos sociais e culturais constitucionais.

Na decisão sob análise, o Ministro ressaltou que não houve violação aos princípios constitucionais da separação de poderes pelo fato de o Judiciário proferir decisão atinente ao tema políticas públicas, pois, se assim não o fizer, “restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição”. Portanto, tal incumbência poderá ser atribuída ao Judiciário, excepcionalmente, “se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame”. E reafirma o relator que não se pode falar, nessa hipótese, face à necessidade de fazer valer a primazia da Constituição, que se trata de “intrusão em esfera reservada aos demais Poderes da República”, pois cabe ao Supremo desempenhar o seu papel de guardião do texto constitucional.

Também a Ministra Carmen Lúcia teve oportunidade de se pronunciar sobre o tema no Agravo de Instrumento nº 564.035/SP, julgado em 30 de abril de 2007. Naquela oportunidade, a Ministra entendeu que a educação fundamental deve ter

atendimento estritamente obrigatório pelo Poder Público, porque compõe o mínimo existencial, de atendimento obrigatório pelo Estado, que consiste no “conjunto de direitos fundamentais, sem os quais a dignidade da pessoa humana é confiscada”³⁰.

Também na ADI nº 3768³¹, que questionava a constitucionalidade da gratuidade de transporte coletivo público urbano aos maiores de sessenta e cinco anos, a Ministra Carmen Lúcia afirmou que “a gratuidade do transporte coletivo representa uma condição mínima de mobilidade, a favorecer a participação dos idosos na comunidade, assim como viabiliza a concretização de sua dignidade e de seu bem-estar [...] fortemente relacionados com a sua integração na comunidade”.

Contrariamente, em uma decisão proferida em junho de 2008 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região em que o autor pede o fornecimento de aparelho auditivo pelo ente público, prevaleceu o entendimento que o fornecimento de aparelhos auditivos não integra os direitos essenciais, utilizando como referência a doutrina de Ana Paula de Barcellos: “o fornecimento de aparelhos de amplificação sonora individuais (AASI), a despeito de sua relevância para a integração dos deficientes auditivos ao meio social, não se encontra inserido naquele grupo de prestações formadoras do ‘mínimo existencial’ no campo da saúde a que se refere a doutrina de Ana Paula de Barcellos”^{32 33}.

Também nesse sentido, uma decisão proferida pela Des.^a Albergaria Costa, do TJ de Minas Gerais, ao afirmar que o Estado deve conceder apenas aquelas prestações que possam garantir o mínimo de sobrevivência digna à universalidade dos cidadãos. Assim, ela apresenta como proposta “o abandono da postura extremamente

³⁰ Agravo de Instrumento nº 564035/SP, julgado em 30/04/07 pelo STF, sendo relatora a Ministra Cármen Lúcia. DJ de 15/05/07, p. 41.

³¹ EMENTA: Ação direta de inconstitucionalidade Art. 39 da Lei nº 10.741, de 1º de outubro de 2003 (Estatuto do idoso), que assegura gratuidade dos transportes públicos urbanos e semi-urbanos aos que têm mais de 65 (sessenta e cinco) anos. Direito constitucional. Norma constitucional de eficácia plena e aplicabilidade imediata. Norma legal que repete a norma constitucional garantidora do direito. Improcedência da ação. 1. O art. 39 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) apenas repete o que dispõe o § 2º do art. 230 da Constituição do Brasil. A norma constitucional é de eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que não há eiva de invalidade jurídica na norma legal que repete os seus termos e determina que se concretize o quanto constitucionalmente disposto. 2. Ação direta de inconstitucionalidade julgada improcedente. (Ação Declaratória de Inconstitucionalidade, julgada em 19/09/2007, pelo Tribunal Pleno, tendo como Relatora Ministra Carmen Lúcia, publicado no DJ em 26/10/2007).

³² Observe que no fundamento de sua decisão o magistrado faz referência expressa à doutrina de Ana Paula de Barcellos, o que demonstra a nítida influência exercida pela doutrina no posicionamento adotado na jurisprudência.

³³ Apelação Cível nº 386313, julgada em 25/06/08 pela 8ª Turma Especializada do TRF da 2ª Região, sendo relator o Des. Fed. Marcelo Pereira. DJU de 02/07/08, pp. 119-120.

conservadora de impor aos entes públicos os mais variados ônus financeiros para a realização de tratamento da saúde de um cidadão, ressalvados os casos considerados realmente essenciais para a sua sobrevivência”³⁴.

1.4 Algumas considerações sobre o tratamento jurisprudencial atribuído aos direitos essenciais

Ao analisar os argumentos utilizados nos julgados, fica evidente que o princípio da dignidade humana e o ideal de bem-estar serviu de fundamento para a maioria das decisões relacionadas à matéria. Nesse contexto, em muitas hipóteses, o julgador afirma que, na omissão dos demais poderes estatais, cabe sim ao Judiciário tornar disponíveis os recursos necessários para assegurar o acesso aos direitos essenciais, sempre que o cidadão estiver impossibilitado de financiá-los, com recursos próprios, pois o Estado não pode negar-lhe as condições mínimas necessárias para a existência digna³⁵.

Com base nessa pequena amostra de decisões sobre o tema, fica perceptível que a situação atual sobre o grau de concessão de direitos essenciais é delicada e requer um tratamento mais cuidadoso. Se, por um lado, quando procura a via judicial, o cidadão deposita no Judiciário as expectativas de encontrar uma solução para o seu problema, por outro, é inegável que há limitação de recursos públicos para atender à totalidade das demandas, o que pode inviabilizar a fruição dos direitos pelos cidadãos, coletivamente considerados, por não terem acesso às parcelas que deveriam estar disponíveis para toda a coletividade.

Além disso, em situações que envolvem concretização de direitos essenciais, corre-se o risco de uma interferência maior de um dos poderes estatais no campo de atuação do outro – neste caso específico, o Judiciário – levando ao ativismo judicial. É

³⁴ Reexame Necessário nº 1.0699.06.059829-8/001, julgado em 17/05/07 pela 3ª Câmara Cível do TJMG, DJ de 28/06/07.

³⁵ Somente a título de exemplo, este foi o entendimento proferido no Agravo de Instrumento nº 2131, julgado em 17/10/08 pela Câmara Única do TJ do Amapá, sendo relator o Des. Mello Castro. Ele afirmou que apesar da atribuição de formular e implementar políticas públicas ser dos Poderes Legislativo e Executivo é possível a intervenção do Judiciário quando se tratar de omissão dos demais poderes que venha a comprometer “a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos tidos como essenciais à dignidade humana e impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático”. (Agravo de Instrumento nº 2131, julgado em 17/10/08 pela Câmara Única do TJAP, sendo relator o Des. Mello Castro. DOE nº 4359).

preciso que o julgador esteja atento de forma a não ultrapassar o âmbito de sua atuação, interferindo indevidamente na esfera dos poderes políticos.

Essa dificuldade em respeitar os limites de sua esfera de atuação não é tema recente. O Ministro Gilmar Mendes, em decisão proferida em outubro de 2008, reconheceu que as decisões judiciais vêm se constituindo em “um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área de saúde e além das possibilidades orçamentárias”³⁶. Nesse sentido, afirmou que sempre que houver política pública que contemple a prestação pleiteada em juízo, o pronunciamento judicial, no que diz respeito ao deferimento do pedido, deve limitar-se à determinação de cumprimento da norma já existente.

1.5 Considerações gerais sobre o tratamento doutrinário e jurisprudencial concedido ao mínimo existencial

A esta altura do presente estudo uma certeza se apresenta: não é possível atribuir um tratamento tão simples a uma questão tão complexa. O discurso apresentado pela doutrina revela-se como um discurso que mantém enorme distância da situação real que se apresenta, uma vez que, parte de pressuposto não discutido reflexivamente.

Uma leitura mais atenta da concepção trazida pelos doutrinadores que foram aqui apresentados indica que esta não é a melhor forma de se analisar a questão. Sem dúvida, nem todos os direitos podem ser assegurados integralmente pelo Estado³⁷. Mas, acreditar que a construção de um conceito – mínimo existencial – possa significar a solução para toda essa problemática de grande complexidade pode se apresentar como um sinônimo de fechar os olhos para a realidade.

³⁶ Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 1999.04.01.014944-9/RS, j. em 08/11/04, 2ª Seção do TRF da 4ª Região, relator Des. Fed. Luiz Carlos de Castro Lugon. DJU de 11/05/05.

³⁷ Nesse sentido, Gustavo Amaral sugere quais direitos devem ser obrigatoriamente concretizados pelo poder público, face à limitação de recursos, e adota como parâmetro duas variáveis: o grau de essencialidade da prestação e a excepcionalidade da ação estatal. A essencialidade está afeta ao grau de indispensabilidade daquele bem para uma existência digna. (AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 215).

O entendimento que vem prevalecendo na doutrina brasileira sobre esse tema, como se viu até aqui, parece não resistir a questionamentos mais elaborados. É compreensível que assegurar condições de existência digna a todo ser humano é dever do Estado e que esse patamar mínimo é “um direito constitucional imediatamente exigível, que não pode ser objeto de intervenção do ente estatal e que exige a entrega, pelo Estado, de prestações positivas”³⁸. Mas, não é razoável acreditar que situação com esse grau de complexidade possa apresentar uma solução simples e mágica, em que tudo pode ser resolvido, tão somente, com a criação de um novo conceito jurídico ou até mesmo com a indicação de quais parcelas compõem esse núcleo essencial de direitos, a ser observado pelos tribunais em seus julgados.

É o que acontece, por exemplo, quando Ana Paula de Barcellos distingue, com critérios bem objetivos, quais prestações de saúde devem ser concretizadas pelo poder público, de modo a viabilizar acesso somente àquelas que estão disponíveis na rede pública, não sendo possível o acesso às demais prestações, por fugirem desse rol que a autora entende que deve estar disponível para toda a coletividade. Esse posicionamento parece não guardar consonância com a ideia de prevalência da dignidade, defendida anteriormente pela mesma autora. E, como visto anteriormente, esse entendimento interfere na atuação do magistrado no momento de formação do seu juízo, quando o caso concreto é submetido à sua apreciação.

As demandas que se apresentam diariamente ao Judiciário em busca de satisfação das necessidades básicas, contempladas em normas constitucionais, aumentam em uma velocidade que a teoria não consegue alcançar. A questão não é tão simples. Não se trata de uma situação cuja solução esteja de fácil acesso para o Judiciário, tomando por base um quadro elaborado pela doutrina no que diz respeito às parcelas que devem (ou não) ser concedidas para satisfação do “mínimo existencial”, na hipótese em que o direito essencial à vida humana não foi concretizado pelo poder público.

Além do mais, sob outro ângulo, o Judiciário não possui os requisitos suficientes para proferir essa decisão em todos os casos que lhe são apresentados. Há uma série de consequências para essa concretização judicial dos direitos essenciais, dentre elas a questão da alocação dos recursos públicos, que precisa ser ponderada de forma mais

³⁸ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 8.

critérioria. Tudo isso demonstra a complexidade do caso concreto e que, provavelmente, esse posicionamento dos autores pouco contribuirá para a solução, por se apoiar em ideias que não alcançam a realidade com maior amplitude.

Fica evidente que o problema apresenta complexidade em grau muito mais elevado, cuja solução não pode ser formulada de maneira tão simplificada que não guarde correspondência com a realidade.

No âmbito do direito à saúde, adotar a compreensão que cabe ao Estado disponibilizar prestações estatais sempre que tais parcelas estejam inseridas em um rol elaborado pela doutrina e que outras não devem ser asseguradas por não pertencerem a esse mesmo rol de prestações parece ser um argumento que não consegue resistir a uma crítica mais contundente. Esse argumento faz com que esses mesmos autores, que defendem a necessidade de garantia do “mínimo existencial”, entrem em contradição, uma vez que essa parcela não disponibilizada pelo ente estatal pode significar a garantia das condições materiais mínimas de vida de um determinado cidadão.

Apesar de seus traços nitidamente contraditórios, o posicionamento defendido pela doutrina vem refletindo na produção jurisprudencial dos tribunais, como foi possível verificar anteriormente, uma vez que o próprio julgador menciona, expressamente, que uma determinada parcela não pode ser concedida por fugir ao rol elaborado pela doutrina. Pronunciamentos judiciais com esse teor podem sinalizar que o Judiciário tem adotado uma postura cada vez mais ativista e, para tanto, busca respaldo na doutrina, como foi possível constatar em algumas decisões analisadas neste trabalho.

Além do mais, não seria exagero falar que essa postura mais ativista do Judiciário, marcada pela judicialização dos direitos essenciais, pode representar uma perspectiva antidemocrática, por violar o princípio da igualdade quando poucos são privilegiados em detrimento da efetivação do direito de muitos, como afirma Ricardo Lobo Torres – que, não obstante seja um grande defensor do mínimo existencial, assim se pronuncia: “o Supremo Tribunal Federal está vivendo o dilema de assumir as políticas públicas: em inúmeros casos adjudicou individualmente bens públicos (remédios, tratamentos médicos, etc.), aplicando aos direitos prestacionais a lógica e a retórica dos direitos individuais e cometendo indisfarçável injustiça com a multidão dos excluídos”³⁹.

³⁹ TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*, p. 128.

1.6 Palavras finais

A concretização de direitos essenciais, para que se possa ter uma vida com dignidade, vem ocupando posição de destaque no debate entre os doutrinadores do direito. A doutrina brasileira chega a apontar, até com certo grau de objetividade, o caminho que deve ser percorrido nesse propósito. Mas, não há dúvida que se trata de situação de grande complexidade e, acreditar que uma postura excessivamente objetiva vai conseguir solucionar o problema, é estar em descompasso com a realidade fática.

Entretanto, o problema tende a ganhar maior dimensão, porque, na maior parte das hipóteses, essa busca por uma solução atinge a esfera de atuação do Judiciário e vai desencadear uma postura marcada pelo ativismo judicial, em que nem sempre se encontrará espaço para estabelecer um diálogo interinstitucional com a possibilidade de interação entre os poderes do Estado⁴⁰, ou mesmo estabelecer limites e possibilidade da atuação de cada uma das instituições, para discutir e pensar, coletivamente, como se chegar à melhor solução para o caso concreto. Outras vezes, o espaço para o diálogo pode até existir, mas faltam vontade e disposição para dialogar e a tentativa de diálogo acaba não surtindo os efeitos esperados⁴¹.

Nesse contexto, “não se pode perder de vista que a Constituição é um documento político e, portanto, é inevitável que sua interpretação recorra a valorações políticas”⁴², não se podendo, portanto, desconsiderar, em determinados momentos, a necessidade da atuação judicial. Por outro lado, não se pode esquecer que é salutar e necessária a imposição de limites a essa atuação judicial, que, na maioria das vezes, tem se mostrado relutante a qualquer espécie de contenção.

Mas qual a postura ideal no contexto político brasileiro: uma postura mais ativista com o objetivo de implementar os direitos constitucionais que não foram contemplados no plano político, ou uma postura mais minimalista, marcada pela autocontenção judicial?

⁴⁰ O ativismo judicial será abordado no capítulo II e os diálogos institucionais serão objeto de estudo do capítulo III da presente dissertação.

⁴¹ Voltaremos a essa ideia da falta de vontade e disposição para estabelecer o diálogo institucional no capítulo IV, quando trataremos da audiência pública em saúde convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009.

⁴² BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional: entre constitucionalismo e democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2007. p. 203.

Cass Sunstein defende o minimalismo judicial por acreditar que ele proporciona flexibilidade na tomada de decisões e abre espaço para decisões com maior grau de reflexão⁴³. Para o autor, o minimalismo judicial deve ser adotado naquelas situações em que o julgador não precisa dizer além do necessário para justificar o resultado alcançado⁴⁴. “Sunstein prefere olhar para o momento em que a Corte decide, mas decide pouco”⁴⁵, em que seja possível uma decisão menos abrangente.

Poder-se-ia questionar: quando e sob quais circunstâncias o Judiciário deve atuar de forma mais ativista ou mais minimalista? Na hipótese de direitos essenciais, seria possível o diálogo entre os poderes do Estado com o objetivo de se chegar à melhor resposta para o caso concreto?

Cláudio Pereira de Souza Neto sugere alguns parâmetros para uma racionalização da atuação judicial. Dentre os parâmetros processuais apontados pelo doutrinador, interessa-nos a possibilidade de ampliação do diálogo institucional⁴⁶: “as decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ser constituídas a partir de um diálogo que envolva não apenas as partes formalmente incluídas no processo, mas também a ampla gama de profissionais e usuários que se inserem no contexto em que a decisão incidirá”⁴⁷.

Também nesse sentido, o posicionamento de Clèmerson Merlin Clève⁴⁸, que afirma ser preciso “encontrar um lugar de equilíbrio, sensível à percepção de que o juiz,

⁴³ SUNSTEIN, Cass. *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1997, p. 259.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 03.

⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

⁴⁶ A expressão "diálogo institucional" é utilizada para descrever a possibilidade de interação entre os tribunais e os poderes políticos no que diz respeito à interpretação de direitos constitucionais, enfatizando a ideia que não cabe ao judiciário o monopólio da interpretação constitucional.

⁴⁷ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 546.

⁴⁸ “Discute-se muitas vezes se o Poder Judiciário teria legitimidade para atuar nos campos que, em tese, estariam reservados ao administrador ou ao legislador. Afirma-se que os integrantes do Judiciário não foram eleitos, estando por isso despidos da legitimidade que apenas poderia ser conferida pelo sufrágio popular. Por isso não poderiam dispor sobre *o que e o como* da atuação estatal. Ora, o ordenar o cumprimento de direitos prestacionais significaria substituir-se, ao administrador, o juiz, implicando quebra do princípio da separação dos poderes e, especialmente, do princípio democrático, segundo o qual a maioria governa. É preciso considerar, entretanto, que democracia não significa simplesmente governo da maioria. Afinal, a minoria de hoje pode ser a maioria de amanhã, e o guardião dessa dinâmica majoritária/contramajoritária, em última instância, é, entre nós, o próprio Poder Judiciário, que age como uma espécie de delegado do Poder Constituinte. Ou seja, a democracia não repele, ao contrário, reclama a atuação do Judiciário nesse campo. Demais disso, zelar pela observância dos direitos fundamentais significa, para o Judiciário, no exercício da jurisdição constitucional, proteger a maioria permanente

estando comprometido com a efetividade da Constituição, não pode, no entanto, ultrapassar certos limites, sob pena de colocar em risco os postulados do Estado democrático de direito”⁴⁹.

De acordo com o posicionamento de Clèmerson Clève, é preciso adotar parâmetros de atuação para que, por um lado, o Judiciário não seja omissivo, de forma que continue atuando em favor do progresso social, mas que também não adote uma postura marcada pelo excesso.

Encontrar esse ponto de equilíbrio não é tarefa fácil. Em alguns momentos, o Judiciário deve desempenhar uma atuação mais ativista, enquanto, em outros momentos, deve adotar uma postura minimalista, deixando o espaço de atuação para os demais poderes, criando condições para a prática do diálogo. Adotar uma postura de maior contenção significa que o próprio Judiciário reconhece que nem sempre ele consegue resolver todos os problemas, que nem sempre ele está com a razão. Significa ainda a compreensão que, em alguns momentos, uma atuação excessivamente marcada pelo ativismo pode significar uma afronta ao princípio democrático.

No próximo capítulo será estudado o ativismo judicial, onde será possível avaliar os benefícios e riscos dessa postura adotada pelo Judiciário na perspectiva de concretizar os direitos essenciais. O direito à saúde tem se mostrado como o direito essencial mais recorrentemente judicializado e, face às desastrosas consequências pelo seu não atendimento, normalmente essa judicialização se dá pelo manejo das tutelas de urgência. É exatamente no campo da saúde que acontece, de forma muito enfática, uma atuação excessivamente ativista do Judiciário. Será, com base no direito à saúde, que a análise será empreendida.

(constituente) contra a atuação desconforme da maioria eventual, conjuntural e temporária (legislatura)”. (CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*. Brasília, ano II, n. 8, jul./set. 2003, p. 157-158).

⁴⁹ Ibidem, p. 158.

Capítulo 2 – O ativismo judicial e a concretização de direitos

2.1 Introdução

Nos últimos anos o Judiciário vem ocupando lugar de destaque no cenário social e político. Essa atuação mais proeminente no contexto das relações sociopolíticas tem sido justificada, pelo próprio Judiciário, em nome da necessidade e dever de concretizar os direitos previstos no texto constitucional. A doutrina denomina esse fenômeno de judicialização da política, pelo fato de questões de âmbito político terem se tornado objeto de exame dos tribunais.

Essa postura mais ativista do Judiciário tem causado reações dos demais poderes estatais, principalmente do Legislativo, que se sente prejudicado pela atuação criativa do Judiciário, pois, ao decidir os casos concretos postos sob sua apreciação, o Judiciário tem, aparentemente, ultrapassado seu limite de atuação e vem agindo como verdadeiro legislador positivo, interferindo, em certa medida, na esfera de criação da norma jurídica.

No estudo do ativismo judicial, é comum a abordagem da forte tensão entre os poderes estatais em decorrência do grande destaque alcançado pelo Judiciário nos últimos anos. Seja quando justifica sua atuação como indispensável e necessária para que os direitos constitucionais prevaleçam, seja no exercício da jurisdição constitucional, parece que o Judiciário, com certa frequência, ultrapassa os limites que lhe foram reservados, gerando um desequilíbrio entre os demais Poderes, principalmente o Legislativo, detentor da função típica de elaborar a norma jurídica.

Ainda segundo esse entendimento, ao ultrapassar o limite de sua atuação, o Judiciário estaria quebrando a harmonia que deveria prevalecer entre os poderes no ordenamento jurídico, impondo um governo de homens, no caso específico, um governo de magistrados, elevando a sua vontade a um patamar superior ao da lei.

Tem-se percebido que as Cortes vem se tornando arenas de deliberação política, uma vez que inúmeras questões políticas estão se transformando em questões jurídicas, com o crescimento do número de políticas públicas que passaram a ser elaboradas e executadas pelo Judiciário, principalmente, no âmbito dos direitos fundamentais. E

parece que esse controle da atividade política tem sido aceito com muita tranquilidade pelos magistrados. Para Mauro Cappelletti, esse fenômeno de expansão do papel do Judiciário significa um contrapeso no sistema democrático, face à expansão da atuação estatal⁵⁰.

O Judiciário está conquistando, cada vez mais, o espaço que antes era destinado à arena política de tomada de decisões. Esse fato, provavelmente, decorre de uma maior demanda da população no que diz respeito às questões políticas, dentre as quais pode-se citar a concretização de direitos fundamentais. Nesse contexto, a decisão judicial proferida sobre questões de cunho político tende a ultrapassar a esfera de interpretação do direito e passa a representar motivo para que o Judiciário atue na criação da norma jurídica.

Neste capítulo, pretende-se discutir algumas questões mais recentes apontadas pelos estudiosos sobre essa temática, verificando como esse debate tem sido conduzido pela doutrina, a fim de investigar se a atividade dos tribunais promove ou limita a democracia. O presente estudo se justifica pela importância da discussão sobre a necessidade (ou não) de impor limites à atuação do Poder Judiciário no cenário atual, de forma que ele não venha a interferir no âmbito de atuação dos demais poderes.

2.2 O ativismo judicial e a judicialização da política

Atualmente, tem-se percebido forte crescimento na relevância social da função jurisdicional, acarretando, portanto, um desequilíbrio entre os poderes constituídos⁵¹. A norma constitucional prevê que é o Poder Judiciário a instância estatal para se reclamar a observância e proteção de direitos não atendidos nas demais esferas, como também é o órgão responsável pelo cumprimento dos valores previstos no texto constitucional.

⁵⁰ “A expansão do papel do judiciário representa o necessário contrapeso, segundo entendo, num sistema democrático de ‘checks and balances’, à paralela expansão dos ‘ramos políticos’ do estado moderno”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor.1993, p. 19).

⁵¹ Nesse sentido, Antoine Garapon afirma: “O controle crescente da justiça sobre a vida coletiva é ‘um dos maiores fatos políticos deste final do século XX’. Nada mais pode escapar ao controle do juiz. As últimas décadas viram o contencioso explodir e as jurisdições crescerem e se multiplicarem, diversificando e afirmando, cada dia um pouco mais, sua autoridade. Os juízes são chamados a se manifestar em um número de setores da vida social cada dia mais extenso. Primeiramente, na vida política, quando se viu desenvolver por todo o mundo aquilo que os americanos chamam de um ativismo judicial”. (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 24).

Essa crescente atuação do Poder Judiciário na esfera das relações sociopolíticas, com a pretensão de garantir a concretização dos direitos sociais, é facilmente perceptível na atualidade. A doutrina denomina esse fenômeno de judicialização da política, pelo fato de questões de grande repercussão social terem passado a ser decididas pelos magistrados, em detrimento das demais instâncias políticas do Estado.

Esta proeminência experimentada pelo Judiciário e o consequente confronto com a classe política e com outros órgãos de poder soberano manifestam-se de três formas distintas: por meio do garantismo de direitos, pelo controle de legalidade e dos abusos do poder e, finalmente, na judicialização da política, afirma Boaventura de Souza Santos^{52 53}. Luís Roberto Barroso faz referência a três principais causas da judicialização: a redemocratização do país, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário; a constitucionalização abrangente, que trouxe novas matérias para o âmbito constitucional e o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade^{54 55}.

Há, segundo Oscar Vilhena Vieira, um entendimento que associa a ampliação do papel do Judiciário à retração do sistema representativo⁵⁶ e à sua incapacidade de

⁵² SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007, p. 12.

⁵³ Para Boaventura de Souza Santos, “A judicialização da política verifica-se ainda diante de um conjunto de circunstâncias que descentraram a atenção da política judiciária para a política do judiciário. Neste caso, o confronto político do judiciário com os outros poderes do Estado dá-se quando, diante da apatia ou da incapacidade dos poderes políticos em resolver os conflitos ou em atender às demandas dos grupos sociais, o recurso aos tribunais leva o judiciário a interferir na política pública e nas condições da sua efetivação. Neste caminho, o sistema judicial torna-se uma ferramenta estrategicamente utilizada pelos grupos em disputa e partidos políticos para frear ou vetar a implementação da agenda política governamental ou dos grupos políticos majoritários. Para além do impacto do sistema político, a judicialização da política afeta também o desempenho dos próprios tribunais, conduzindo à politização do judiciário, esta torna-o mais controverso, mais visível e vulnerável política e socialmente, o que, por sua vez, é outra das razões do seu recente protagonismo”. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 18).

⁵⁴ BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso em 16 de junho de 2012, pp. 3-4.

⁵⁵ Barroso afirma que essa atuação do judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal tem sido motivo de aplausos e críticas, e acrescenta: “O fenômeno, registre-se desde logo, não é peculiaridade nossa. Em diferentes partes do mundo, em épocas diversas, cortes constitucionais ou supremas cortes destacaram-se em determinadas quadras históricas como protagonistas de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas controvertidos na sociedade. De fato, desde o final da Segunda Guerra Mundial verificou-se, na maior parte dos países ocidentais, um avanço da justiça constitucional sobre o espaço da política majoritária, que é aquela feita no âmbito do Legislativo e do Executivo, tendo por combustível o voto popular”. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 01).

⁵⁶ Para quem justifica o ativismo judicial como consequência da crise de representatividade dos demais poderes estatais, grande relevância pode ser atribuída ao posicionamento de Adão Clóvis Martins dos Santos, que assim se manifesta sobre a democracia representativa: “os parlamentos por sua vez, encontram-se vazios de poderes autônomos, sendo as questões cruciais que envolvem o destino das sociedades decididas cada vez mais por organizações e instituições de caráter econômico [...]”

concretizar o ideal de justiça e igualdade. Esse crescente protagonismo dos tribunais decorre da expansão das constituições rígidas, afirma o autor, dotadas de sistemas de controle de constitucionalidade. Assim, recorre-se ao Judiciário por se tratar de guardião dos ideais democráticos. Segundo o autor, o fato de o Judiciário passar a ocupar o centro do debate político gera uma situação paradoxal, “pois, ao buscar suprir as lacunas deixadas pelo sistema representativo, o Judiciário apenas contribui para a ampliação da própria crise de autoridade da democracia”⁵⁷.

No entendimento de Boaventura de Souza Santos, esse crescente deslocamento da autoridade do sistema representativo para os tribunais guarda relação com as transformações políticas por duas vias: por um lado, a consolidação de um novo modelo de desenvolvimento econômico assentado nas regras de mercado e nos contratos privados exige um Judiciário eficaz, rápido e independente para que os contratos sejam cumpridos pelas partes e os negócios atinjam a estabilidade necessária. Por outro lado, a precarização dos direitos econômicos e sociais fez com que o cidadão buscasse a tutela judicial⁵⁸. Ainda seguindo essa linha argumentativa, o autor entende que a execução deficiente de políticas sociais, ou até mesmo sua inexistência, certamente constitui um dos principais motivos de procura pelos tribunais⁵⁹.

E nesse contexto, afirma Boaventura de Souza Santos:

paradoxalmente, esta realidade pode ser constatada através da composição sócio-econômica dos parlamentos em relação ao percentual representado por operários, desempregados ou minorias étnicas. E por último, mas não necessariamente nesta ordem, podemos nos remeter à representação das mulheres nos parlamentos, uma vez que elas constituem maioria da população nos países ocidentais [...]. Desta forma não é fácil chegarmos à conclusão de que os parlamentos não refletem a composição real das classes e grupos concretamente existentes na sociedade. Por certo, estamos frente à um processo de não correspondência entre a composição social de representação parlamentar. [...] Frente a todas essas contradições, embora insistam muitos políticos e teóricos empenhados na defesa da democracia representativa, formas de participação direta como o referendo e plebiscito não parecem constituir-se em mecanismos adequados para dirimir as contradições existentes, uma vez que estes não modificam a essência do sistema representativo que radica em um sistema eleitoral e de partidos totalmente incapazes de modificar a situação por eles mesmos gerada”. (SANTOS, Adão Clóvis Martins dos. *Justiça e Política*: homenagem a Otfried Höffe. Nythamar Fernandes de Oliveira. Draiton Gonzaga de Souza (Orgs.). Porto Alegre: ed. EDIPUCRS, 2003, pp. 571-572).

⁵⁷ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, pp. 57-58.

⁵⁸ Nesse sentido o autor afirma que “A Suécia, provavelmente, detentora do melhor sistema de Estado de bem-estar da Europa, tem baixíssima litigação judicial; a Holanda é, também, um dos países com uma das mais baixas taxas de litigação na Europa. O que significa que a litigação tem a ver com culturas jurídicas e políticas, mas também com o nível de efetividade da aplicação dos direitos e com a existência de estruturas administrativas que sustentem essa aplicação”. (SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*, pp. 12-14).

⁵⁹ *Ibidem*, p. 14.

As pessoas, que têm consciência dos seus direitos, ao serem colocadas em causa as políticas sociais ou de desenvolvimento do Estado, recorrem aos tribunais para as protegerem ou exigirem a sua efectiva execução. Como me referiu um magistrado deste país uma boa parte de seu trabalho é dar medicamentos. As pessoas vão a tribunais exactamente para poderem ter acesso a medicamentos que de outra maneira não teriam. Essa informação é corroborada em qualquer breve análise que se faça dos noticiários jurídicos no Brasil onde, cada vez mais, são publicitadas vitórias de cidadãos que, através do poder judiciário, obtêm o acesso a tratamentos especializados e a exames médicos gratuitos. Temos, assim, o sistema judicial a substituir-se ao sistema da administração pública, que deveria ter realizado espontaneamente essa protecção social.⁶⁰

Se por um lado, a judicialização pode ser considerada como um importante instrumento na luta pela efectivação de direitos, em um contexto marcado pelas limitações orçamentárias do poder público, por outro, essa atuação de forma intensa do Judiciário, no campo de definição e efectivação das políticas públicas, representa um grande problema, por não possibilitar ao magistrado uma visão mais global e institucional, de forma a atuar com mais cuidado em relação às consequências económico-financeiras da decisão que venha a ser proferida.

Além disso, como foi visto no capítulo anterior, corre-se o risco que essas políticas públicas individualizadas, efectivadas pelo Judiciário, tornem ainda mais acentuada a exclusão da maioria que não tem nítida percepção dos direitos que lhe são assegurados na Constituição e que não consegue chegar aos tribunais em busca da concretização dos seus direitos, enquanto a classe média correria em busca dessas políticas, cuja efectivação é exigida do poder público em decorrência de provimento em ações judiciais.

Apesar de aceitável, de certo modo, a judicialização das situações da vida cotidiana das pessoas, em que inúmeras questões têm sido submetidas à apreciação do Judiciário, parece claro também certo interesse dos membros do Judiciário, mais especificamente dos ministros do Supremo Tribunal Federal, em atribuir legitimidade ao tribunal para essa atuação marcada essencialmente pelo ativismo, que passa a interferir na criação do direito. É o que deixa transparecer um trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351- DF:

⁶⁰ SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*, p. 15.

[...] é possível antever que o Supremo Tribunal Federal acabe por se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e se alie à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. A assunção de uma atuação criativa pelo Tribunal poderá ser determinante para a solução de antigos problemas relacionados à inconstitucionalidade por omissão, que muitas vezes causam entraves para a efetivação de direitos e garantias assegurados pelo texto constitucional⁶¹.

Para Luís Roberto Barroso, a judicialização consiste no fato de que “questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”⁶². Para o autor, esse fenômeno está relacionado, principalmente, a três fatores: ao reconhecimento da importância dos magistrados e tribunais, à crise de legitimidade e de representatividade dos órgãos democráticos e, em terceiro lugar, pelo fato de os atores políticos não aceitarem arcar com o custo político de determinadas decisões controversas, preferindo repassar essa conta para o Judiciário⁶³. Quanto a esse último aspecto, Conrado Hübner Mendes, ao fazer referência à teoria do minimalismo judicial apresentada por Cass Sunstein⁶⁴, comenta essa situação quando afirma que “às vezes, é improvável que o parlamento assuma a responsabilidade política por certas decisões. Delegar e livrar-se desse ônus lhe pode ser mais cômodo e conveniente”⁶⁵.

Também nessa mesma linha de entendimento, encontra-se Kent Roach, para quem o maior problema da democracia não atende pelo nome de ativismo judicial, mas

⁶¹ Trecho do voto do Min. Gilmar Ferreira Mendes na ADI 1351 – DF (cláusula de barreira), p. 53. Disponível em www.stf.org.br.

⁶² Barroso, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11. Acesso em 06 de janeiro de 2013. p. 06.

⁶³ Segundo o autor, “há causas de naturezas diversas para o fenômeno. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. Como consequência, operou-se uma vertiginosa ascensão institucional de juízes e tribunais, assim na Europa como em países da América Latina, particularmente no Brasil. A segunda causa envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentos em geral. Há uma terceira: atores políticos, muitas vezes, preferem que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, em relação às quais exista desacordo moral razoável na sociedade. Com isso, evitam o próprio desgaste na deliberação de temas divisivos”. (BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*, p. 07).

⁶⁴ Cf. SUNSTEIN, Cass. *One Case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts; Harvard University Press, 1999.

⁶⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 130.

de deferência legislativa⁶⁶. Nesse sentido, é importante reconhecer que existem determinadas situações nas quais o parlamento não está disposto a assumir as consequências das decisões políticas que precisariam ser adotadas e, então, por questões de conveniência e comodidade, ele delega aos tribunais o poder de decidir e, conseqüentemente, o risco pela decisão que se apresenta necessária.

O ativismo judicial⁶⁷ está relacionado a uma maior participação do Judiciário na concretização de valores e fins constitucionais, interferindo de forma mais contundente no espaço de atuação dos demais Poderes. Seria, na visão de seus defensores, como se o magistrado surgisse tal qual “um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram”⁶⁸.

Alguns estudiosos do tema afirmam que o ativismo é consequência da judicialização da política e, em via de consequência, decorre da função do Judiciário, mais especificamente do Supremo Tribunal Federal, de guardião da Constituição. Portanto, a sua função, atribuída pelo texto constitucional, de rever os atos dos demais poderes constituídos, tornaria o Judiciário detentor da última palavra, uma espécie de intérprete final da forma como os demais poderes do Estado devem se portar, a fim de seguir os ditames previstos no texto constitucional⁶⁹. Seria, portanto, essa nova arquitetura institucional a responsável por favorecer a criação do ambiente político capaz de viabilizar uma atuação mais enfática do Judiciário nos processos decisórios⁷⁰.

É facilmente perceptível que o Judiciário, mais especificamente o STF, tem modificado, gradativamente, a sua competência quanto ao exercício da jurisdição

⁶⁶ ROACH, Kent. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

⁶⁷ Barroso distingue judicialização da política de ativismo judicial nos seguintes termos: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. Não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas imediatas. A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. [...] Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva [...] 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”. (BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*, p. 10.

⁶⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 27.

⁶⁹ CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. *Revista de Sociologia e Política*, 23, 2004, pp. 117-120.

⁷⁰ *Ibidem*, pp. 117-120.

constitucional, de modo a alterar o equilíbrio que deveria existir entre os poderes estatais ⁷¹. E tudo isso resulta na proeminência contemporânea do Judiciário brasileiro, marcada, essencialmente, pelo protagonismo estratégico do STF no cenário político.

Os defensores dessa atuação mais invasiva do Judiciário afirmam que essa proeminência está relacionada diretamente com o acesso às instâncias judiciais. Segundo esse entendimento, há uma maior possibilidade de qualquer cidadão ter acesso, mais facilmente, ao Judiciário do que aos demais poderes, por meio da apresentação de sua demanda que, certamente, será apreciada pelo julgador. É o que acontece, por exemplo, com os direitos fundamentais, como ficou demonstrado no capítulo anterior, quando foi analisada a garantia do mínimo existencial. Quando tais direitos não são contemplados pela atuação do Legislativo e Executivo, é ao Judiciário que se recorre na expectativa de ver o direito resguardado.

Mesmo que se considere verdadeira a afirmação que a judicialização constitui uma situação fática decorrente do atual desenho institucional, e não uma opção política do Judiciário ⁷² – cabendo aos juízes e tribunais se pronunciarem sempre que provocados – isso não significa que o Judiciário possa agir deliberadamente, sem nenhuma espécie de limite, por se entender “guardião da Constituição”. Ao contrário, mesmo nas hipóteses em que ele for chamado a se pronunciar, seria mais razoável que ele o fizesse sempre pautado pela moderação ⁷³.

⁷¹ VALLE V. L. (Org.) *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 37.

⁷² BARROSO, Luis Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11. Acesso em 06 de janeiro de 2013. p. 09.

⁷³ Sobre essa questão, Virgílio Afonso da Silva, assim se pronuncia: “A conclusão a que se pode chegar [...] reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. Com isso, pretendo sublinhar que a questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja frequentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da ideia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva” (SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais. In: SOUZA

Em uma primeira acepção, o ativismo pode ser medido conforme a frequência com que o tribunal desconsidera as decisões e ações produzidas pelos demais poderes estatais⁷⁴. E, apesar de se estar perdendo poder em termos de representação política legítima, uma vez que o poder de decidir sai das mãos do legislador, representante popular, para as mãos do magistrado, o que se percebe é a representação da justiça, pela população, cada vez mais, com contornos de “veneração religiosa”⁷⁵, por acreditar que “uma decisão justa só pode ser tomada por uma personalidade justa”⁷⁶ e, nesse caso, o detentor da virtude da sabedoria e da justiça é o magistrado.

Ingeborg Maus questiona: “não será a justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”⁷⁷. E poderíamos também trazer outro questionamento, adotando como parâmetro, por um lado, essa corrida da população aos tribunais, e por outro, o entendimento dos próprios magistrados quanto à inexistência de limites para a sua atuação institucional, se o juiz não está sendo confundido, pela população que corre aos tribunais e também por ele mesmo, com um ser supremo, justo por natureza, que tudo sabe e tudo pode⁷⁸.

Mauro Cappelletti estuda o fenômeno do crescimento do Judiciário e entende a sua transformação como um acontecimento natural, decorrente da sobrecarga do Legislativo. Denominando-o gigantesco “terceiro poder”, o autor eleva o Judiciário à estatura de um necessário contrapeso aos poderes políticos^{79 80}. Para Cappelletti, grande

NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 595-596).

⁷⁴ SUNSTEIN, Cass. *Radical in robes: why extremy right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005, pp. 41-44.

⁷⁵ Expressão utilizada por Ingeborg Maus em *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, Nov, 2000, p. 185.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 186.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 187.

⁷⁸ A história registra que o posicionamento de grande parte dos juízes alemães contra o Parlamento começou a ser delineado no início do século XX e que a crise dos juízes, em decorrência da perda de prestígio, data da época do império, momento em que eles tiveram o valor de sua remuneração reduzida. Por esse motivo, eles se sentiram afrontados e reagiram com irritação à exigência de atuarem como meros “serviçais das normas”. A partir desse momento começaram a exigir maior liberdade frente à lei e que não fosse regra, mas exceção, que a decisão judicial tivesse por fundamento a norma positiva. Cf. MAUS, Ingeborg. *Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”*, p. 195.

⁷⁹ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 43.

⁸⁰ Para Cappelletti essa seria uma boa resposta ao agigantamento dos poderes representativos: “os tribunais – tanto que confrontados pelas duas formas acima mencionadas de gigantismo estatal, o legislativo e o administrativo – não podem fugir de uma inflexível alternativa. Eles devem de fato escolher uma das duas possibilidades seguintes: a) permanecer fiéis, com pertinácia, à concepção tradicional, tipicamente do século XIX, dos limites da função jurisdicional, ou b) elevar-se ao nível dos

defensor do ativismo, essa atuação mais proeminente do Judiciário não constitui vício de legitimidade democrática, pois, segundo o autor, somente em sistemas democráticos os direitos do cidadão tem a chance de serem respeitados. E, exatamente por isso, a democracia não consegue sobreviver em um sistema que desrespeita os direitos e liberdades fundamentais e, para que a liberdade seja preservada, é preciso que se elimine a concentração de poder^{81 82}.

É certo que o exercício do poder, quase sempre, leva à prática de abuso. Montesquieu detectou a existência do abuso no exercício do poder e, na sua concepção, como todo poder tende ao abuso, para evitar esse abuso, seria necessária a sua separação. Afinal, em um Estado de direito, em que prevalecem os ideais democráticos não faz nenhum sentido que a voz do juiz seja confundida com a própria lei, pois essa prática^{83 84} em nada se aproxima de um Estado Democrático.

No que diz respeito à atuação do Judiciário de forma mais invasiva nas instituições políticas, dois posicionamentos se sobressaem: há uma corrente que defende a limitação dos poderes do Judiciário, e outra corrente defendendo uma atuação mais efetiva do Judiciário nas democracias contemporâneas.

Ronald Dworkin defendia a possibilidade de transferência de questões políticas para o Poder Judiciário, com o escopo de garantir a concretização de direitos individuais. Ele entendia que “os legisladores não estão, institucionalmente, em melhor

outros poderes, tornar-se enfim o terceiro gigante, capaz de controlar o legislador mastodonte e o leviatanesco administrador”. (CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* p. 47).

⁸¹ Ibidem, p. 106.

⁸² “Um judiciário razoavelmente independente dos caprichos, talvez momentâneos, da maioria, pode dar uma grande contribuição à democracia; e para isso em 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”. (Ibidem, p. 107).

⁸³ “Em Estados despóticos não há nenhuma lei: o juiz tem a si próprio como lei”. (MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis: as formas de governo e a divisão dos poderes*. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 16).

⁸⁴ Para Montesquieu os sistemas democráticos e aristocráticos somente são livres quando não existe abuso do poder. Para que se possa alcançar esse estágio, é preciso que o poder estabeleça limites para o próprio poder. E acreditando na possibilidade de consolidação de um Estado livre, Montesquieu chega a afirmar que a liberdade do homem existe em decorrência de um governo de leis que orientam a vida em sociedade e a limitação/moderação do poder constitui princípio basilar da liberdade política: “Mas é uma experiência eterna que todo homem que tem poder é levado a abusar dele. Vai até encontrar os limites. Quem diria! A própria virtude precisa de limites. Para que não possam abusar do poder, precisa que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder”. (MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis: as formas de governo e a divisão dos poderes*, p. 163).

posição que os juízes para decidir questões sobre direitos”⁸⁵. Ao se atribuir ao Judiciário a função de decidir os conflitos políticos, busca-se que tais controvérsias sejam resolvidas não com base em fundamentos políticos, mas jurídicos. Nesse sentido, ele afirmava que “o tribunal deve tomar decisões de princípio, não de política – decisões sobre que direitos as pessoas têm sob o nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral”⁸⁶.

Dworkin entendia ser possível democratizar a tomada de decisões por meio do controle judicial dos atos políticos, pois as minorias não tinham seus direitos garantidos por meio da atuação do Legislativo e Executivo⁸⁷:

O acesso aos tribunais pode ser caro [...] mas como, normalmente, os ricos têm mais poder sobre o legislativo que os pobres, pelo menos a longo prazo, transferir algumas decisões do legislativo pode, por essa razão, ser mais valioso para os pobres. [...] Se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais são efetivamente fundamentadas.⁸⁸

O controle judicial sobre as decisões majoritárias do Legislativo não deveria ser visto como uma postura antidemocrática, mas uma estratégia capaz de fazer prevalecer a democracia e o respeito aos direitos individuais. Neste sentido, Dworkin considerava aceitável que possíveis erros fossem cometidos também pelo Judiciário e acreditava que a interação entre legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo seria, portanto, um mecanismo importante para construção de uma justiça política⁸⁹.

⁸⁵ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 27.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 101.

⁸⁷ Neste sentido também o posicionamento de Antoine Garapon, ao afirmar que essa busca pelo judiciário demonstra o despertar do cidadão quanto aos seus direitos e à responsabilidade do Estado: “Eis por que a questão do ativismo judiciário é mal colocada. Não se trata da ação esporádica de alguns juízes desmiolados que querem brigar com o poder político, mas de uma evolução de expectativas quanto à responsabilidade política”. (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 46).

⁸⁸ DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*, pp. 31-32.

⁸⁹ “Deste modo, não é antidemocrático, mas parte de um arranjo estrategicamente inteligente para garantir a democracia, estabelecer um controle judicial sobre o que o Legislativo majoritariamente decide, garantindo que os direitos individuais, que são pré-requisitos da própria legitimidade deste, não serão violados. Naturalmente os juízes, como os legisladores, podem cometer erros em relação aos direitos individuais. Mas a combinação de legisladores majoritários, revisão judicial e nomeação dos juízes pelo Executivo provou ser um dispositivo valioso e plenamente democrático para reduzir a injustiça política a longo prazo”. (DWORKIN, Ronald. *Juízes políticos e democracia*. O Estado de São Paulo. Espaço

Para construção dessa justiça política, Dworkin entendia ser possível que o juiz inovasse na aplicação da lei por meio das regras da nova hermenêutica:

O programa do ativismo judicial sustenta que os tribunais devem aceitar a orientação das chamadas cláusulas constitucionais vagas [...]. Devem desenvolver princípios de legalidade, igualdade e assim por diante, revê-los de tempos em tempos à luz do que parece ser a visão moral recente da Suprema Corte, e julgar os atos do Congresso, dos Estados e do presidente de acordo com isso.⁹⁰

Com efeito, os defensores da judicialização da política a compreendem como um redimensionamento do papel do Judiciário, com o objetivo de garantir os direitos fundamentais. Para aqueles que adotam esse entendimento, a jurisdição constitucional bem exercida, longe de ser instrumento que põe em risco a separação de poderes e a democracia, ao contrário, é instrumento de fortalecimento do Estado Democrático garantidor de direitos.

No Estado brasileiro, é o STF que figura como guardião das normas constitucionais. Para os contrários à postura mais ativista do Judiciário, não se está questionando se o texto constitucional reservou ao Supremo a atribuição de guardião da Constituição. Mas, é preciso que o “guardião” esteja atento aos limites de sua atuação para que não venha a agir de modo a interferir no âmbito de atuação dos demais poderes do Estado e que não haja desrespeito aos preceitos constitucionais. Até porque, não se pode afirmar, com segurança, qual postura será sempre correta ou incorreta, de maneira genérica e abstrata: a postura ativista ou a autocontenção, porque isso vai depender muito do caso concreto, como se verá no tópico que trata do minimalismo judicial.

O que se pode afirmar desde logo é que, assim como muitos estudiosos defendem fervorosamente o ativismo das Cortes, muitas críticas também têm sido formuladas, no âmbito doutrinário, por aqueles que se posicionam contra essa atuação ativista. Algumas dessas considerações serão analisadas a seguir.

2.3 Críticas ao ativismo judicial

Aberto, abr. 1997. In: VITÓRIO, Teodolinda Batista Cândido da Silva. *O Ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito - uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte, 2011. Tese de doutorado do Programa de Pós-graduação em Direito Público. Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, p. 134).

⁹⁰ DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 215.

Como restou demonstrado até aqui, tem-se percebido uma alteração substancial no papel do Judiciário que vai além da função de decidir, pautado pelo preceito normativo estabelecido, mas que atua como sujeito no processo de produção do direito, criando a norma para o caso concreto. A doutrina afirma que após o advento da Emenda Constitucional nº 45 de 2004 (Reforma do Judiciário) que ampliou os poderes do Judiciário, esse protagonismo ativista tornou-se ainda mais acentuado, como será analisado neste tópico.

Com a Constituição de 1988 e a instauração do Estado democrático, houve grande expansão da jurisdição constitucional, fortalecendo ainda mais a ideia de um Judiciário responsável pela concretização dos direitos sociais e dos valores previstos no texto constitucional, dentre eles, a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, questões que antes eram atinentes ao Legislativo e Executivo, como a implementação e execução de políticas públicas, por exemplo, no campo da saúde e da educação, passaram a ser postas também sob apreciação do Poder Judiciário.

Mas aí surge um questionamento: estariam os juízes legitimados para tanto, uma vez que eles não passam pelo crivo popular (via processo eleitoral) e também pelo fato de não haver um mecanismo eficaz que possibilite a participação do povo no processo de tomada de decisões?

Observando as decisões do Judiciário brasileiro nessa seara, mais especificamente as decisões proferidas pelo STF, facilmente se pode perceber que há uma atuação nitidamente ativista, chegando o tribunal a atuar como sujeito da criação do direito, ora alegando insuficiência ou ineficácia da produção legislativa, ora alegando necessidade de se fazer cumprir os preceitos constitucionais^{91 92}.

Se por um lado, esse processo de criação do direito, em determinados momentos, pode ser benéfico, por outro, é preciso que o Judiciário esteja atento para não adentrar a esfera de competência dos demais poderes, como pondera Mauro Capelletti:

Tal criatividade, ou para ser mais preciso, alto grau de criatividade [...] pode ser benéfica ou maléfica, segundo as circunstâncias contingentes,

⁹¹ No capítulo anterior, foi possível analisar algumas decisões com esse caráter ativista, quando foi levada à discussão judicial a concessão de direitos prestacionais asseguradores do mínimo existencial.

⁹² Alguns julgados nesse sentido: STA nº 3158 /RN, julgado em 31/05/2007; Pedido de Suspensão de Liminar nº 166 / RJ, julgado em 14/06/2007; STA nº 245/RS, julgado no dia 22/10/2008; STA nº 175 / CE, julgado no dia 18/09/2009; Pedido de Suspensão da Liminar nº 548 /RN, julgado em 03/08/2012; Pedido de Suspensão da Liminar nº 710 / SC, julgado no dia 05/09/2013; RE nº 581352 AgR/AM, julgado em 29/10/2013; RE nº 642536 AgR/AP, julgado em 05/02/2013.

de tempo e lugar, de cultura, de necessidades reais de determinada sociedade, circunstâncias, de mais a mais, de organização e estrutura das instituições e, não por último, dos tipos de magistratura que exercem tal criatividade.⁹³

A doutrina diverge sobre esse tema. Muitos estudiosos do direito criticam essa posição ativista do Judiciário, definindo-a como “império da toga”⁹⁴, por entender que se trata de uma atuação que ultrapassa seu âmbito de atuação. E mais, o ingresso do magistrado em um campo de atuação política, no caso concreto, pode acarretar consequências desastrosas, uma vez que nem sempre ele terá a possibilidade de analisar, de modo mais criterioso e abrangente, os impactos sociais, políticos e econômicos das decisões por ele proferidas.

Quando o Judiciário concede direitos pleiteados individualmente, corre-se o risco da inviabilização de direitos que possam beneficiar a maioria, em detrimento da apreciação de questões individualmente consideradas. Com a judicialização, o Poder Judiciário interpreta os direitos sociais dotado de uma visão mais individualista, pois os benefícios são concedidos em decorrência de demandas que foram ajuizadas individualmente. Assim, tais direitos têm seu aspecto material direcionado para o homem individualmente considerado, e não para a coletividade, é o que afirma Virgílio Afonso da Silva⁹⁵.

⁹³ CAPPELLETTI, Mauro. *Juizes legisladores?* p. 92.

⁹⁴ PINTO, Taís Caroline e ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo Judicial: Uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

⁹⁵ Virgílio Afonso da Silva demonstra preocupação com o caráter individual dos direitos sociais, os quais devem ser pensados e decididos de forma coletiva: “A conclusão a que se pode chegar após essa breve exposição desse estudo de caso, que, ainda que pontual, reflete bem o enfoque que os juristas dão em geral à justiciabilidade dos direitos sociais, é que, em primeiro lugar, os juízes, ao tratarem os problemas dos direitos sociais como se fossem problemas iguais ou semelhantes àqueles relacionados a direitos individuais, ignoram o caráter coletivo dos primeiros. Esse caráter coletivo exige, como não poderia deixar de ser, políticas que são pensadas coletivamente, algo que os juízes não fazem. Com isso, pretendo sublinhar que a questão discutida neste trabalho não é uma mera questão de opção entre ativismo ou contenção judicial, embora ela seja frequentemente apresentada como se assim o fosse. É certo que os partidários da ideia de contenção judicial têm que defender que os juízes devem se manter afastados de decisões relativas a políticas públicas, mas isso não significa que toda corrente ativista tenha necessariamente que defender o seu oposto, ou seja, que os juízes devam sempre decidir sobre políticas públicas. Nesse sentido, é possível defender uma forma de ativismo judicial – ou seja, defender que os juízes são legítimos para discutir políticas públicas – e, mesmo assim, sustentar que esse ativismo é limitado por uma série de razões estruturais. Isso significa que, embora o ativismo judicial seja uma possibilidade, ele depende de diversas mudanças estruturais na educação jurídica, na organização dos tribunais e, sobretudo, nos procedimentos judiciais, para que passe a ser possível tratar os direitos sociais e sobre eles decidir de forma coletiva” (SILVA, Virgílio Afonso da. *O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais*. In: SOUZA NETO, Cláudio

Além disso, ao conceder direitos aqui e acolá, prejudica-se, em certa medida, a politização da sociedade, pois o caminho a trilhar, certamente, é mais curto e mais prático quando o cidadão se dirige diretamente ao Judiciário em busca da proteção necessária para o caso concreto, afirma Antoine Garapon⁹⁶. O autor também reconhece que uma atuação mais ativista inviabiliza a organização dos indivíduos na sociedade, ao afirmar que “o juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria”⁹⁷.

No entendimento de Elival da Silva Ramos, o ativismo judicial pode ser conceituado como “o desrespeito aos limites normativos substanciais da função jurisdicional”⁹⁸. Entende o autor que, com sua postura ativista, o Judiciário interfere na atuação dos demais poderes estatais, desrespeitando a própria Constituição:

Se, por meio de exercício ativista, se distorce, de algum modo, o sentido do dispositivo constitucional aplicado (por interpretação descolada dos limites textuais, por atribuição de efeitos com ele incompatíveis ou que devessem ser sopesados por outro poder, etc.), está o órgão judiciário deformando a obra do próprio Poder Constituinte originário e perpetrando autêntica mutação inconstitucional, prática essa cuja gravidade fala por si só.⁹⁹

Outra preocupação que tem sido apontada pelos críticos do ativismo é que a excessiva politização do exercício da jurisdição pode levar os tribunais à partidarização e ao risco da perda da imparcialidade, característica fundamental da atividade jurisdicional. Essa politização está associada, segundo Celso Fernandes Campilongo, a três aspectos negativos: partidarismo, ilegalidade e ‘suplenza’¹⁰⁰, aspectos que podem comprometer a existência de um espaço democrático.

Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*, p. 595-596).

⁹⁶ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 73.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 74.

⁹⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 138.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 141.

¹⁰⁰ Para Celso Fernandes Campilongo, o conceito de politização da jurisdição está associado a três aspectos: “a expressão ‘politização da Magistratura’ vem sempre associada a uma dessas três cargas negativas: partidarismo, ilegalidade e ‘suplenza’. Evidentemente, não se pode admitir nenhuma dessas nódoas no sistema Judiciário. Partidarizar a jurisdição, submetendo-a à vontade de um grupo político ou ao próprio ‘partido dos juizes’ representaria um solapamento do pré-requisito essencial da jurisdição democrática: a imparcialidade. De outra parte, uma Magistratura que obedece à praça, à opinião pública ou à sua própria vontade – e não a lei – seria a negação do Constitucionalismo. Por fim, substituir o político pelo juiz seria corromper a forma de operação e reprodução do sistema jurídico e político das

Gisele Cittadino também demonstra sua preocupação quanto às consequências dessa atuação ativista do Judiciário, tanto em relação ao princípio da separação de poderes¹⁰¹ quanto no que diz respeito à violação da neutralidade política do Judiciário:

A ampliação do controle normativo do Poder Judiciário no âmbito das democracias contemporâneas é tema central de muitas das discussões que hoje se processam na ciência política, na sociologia jurídica e na filosofia do direito. O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas¹⁰².

Muitos doutrinadores contestam a legitimidade do STF, no exercício da jurisdição constitucional, para proferir decisões com caráter ativista nas interpretações que ultrapassam o texto constitucional.

Oscar Vilhena¹⁰³ critica essa acentuada expansão da autoridade dos tribunais, mais especificamente, do Supremo Tribunal Federal, em detrimento dos demais Poderes da República, e denomina esse fenômeno de “supremocracia”. Para o autor, supremocracia refere-se tanto à autoridade do Supremo em relação às demais instâncias do Judiciário, quanto à expansão da autoridade do Supremo em detrimento dos demais poderes constituídos. E neste último sentido, afirma o autor, que o STF tornou-se verdadeiramente supremo.

É certo que todo esse processo de expansão da autoridade dos tribunais é fenômeno mundial¹⁰⁴. No contexto brasileiro, essa proeminência dos tribunais também

sociedades complexas, reduzindo drasticamente o espaço da democracia”. (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 60).

¹⁰¹ Quanto a este aspecto, foi possível constatar, em algumas decisões comentadas no capítulo anterior, que os próprios magistrados fazem menção expressa que a decisão proferida e que determina ao ente público o seu dever de concretização do mínimo existencial, não pode ser considerada como uma transgressão ao postulado da separação de poderes. A esse respeito, cf. nota de rodapé nº 29 deste trabalho.

¹⁰² CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, *In A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Organizador: Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002, p. 17.

¹⁰³ VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, p. 58.

¹⁰⁴ No que diz respeito à politização do judiciário, é certo que não se trata de fenômeno local, mas de fenômeno global que alcança países de diversas partes do mundo. Ingeborg Maus, ao analisar a realidade alemã, enxerga na atuação do Tribunal Federal Constitucional uma prática desmedida e dotada de caráter teológico: “A apropriação da persecução de interesses sociais, de processos de formação da vontade política e dos discursos morais por parte da Alta Corte é alcançada mediante uma profunda transformação do conceito de Constituição: esta deixa de ser compreendida – tal qual nos tempos da fundamentação

vem assumindo uma dimensão de grande proporção, o que reflete, de maneira acentuada, no equilíbrio do sistema de separação de poderes ¹⁰⁵. Comparando a atuação da Corte Constitucional com o poder moderador da época do Império, Vilhena afirma que:

A ampliação dos instrumentos ofertados para a jurisdição constitucional tem levado o Supremo não apenas a exercer uma espécie de poder moderador, mas também de responsável por emitir a última palavra sobre inúmeras questões de natureza substantiva, ora validando e legitimando uma decisão dos órgãos representativos outras vezes substituindo as escolhas majoritárias. ¹⁰⁶

Parece que os tribunais passaram a tomar, de certa forma, parte no jogo político ¹⁰⁷. Antoine Garapon discute essa temática e defende o encontro entre o direito e a democracia, mas com limites, ambos devendo ser corrigidos e criticados ¹⁰⁸. No prefácio da obra *O juiz e a democracia*, Paul Ricoeur, afirma que a mudança do papel do juiz dependerá da transformação da própria democracia e acrescenta: “a preocupação

racional-jusnaturalista da democracia – como documento da institucionalização de garantias fundamentais da esfera de liberdade nos processos políticos e sociais, tornando-se um texto fundamental a partir do qual, a exemplo da Bíblia e do Corão, os sábios deduziram diretamente todos os valores e comportamentos corretos. O TFC, em muitos de seus votos de maioria, pratica uma ‘teologia constitucional’. Enquanto uma prática judiciária quase que religiosa corresponde uma veneração popular da justiça, o superego constitucional assume traços imperceptíveis, coincidindo com formações ‘naturais’ da consciência e tornando-se portador da tradição no sentido atribuído por Freud. Por conta de seus métodos específicos de interpretação constitucional, atua o TFC menos como ‘guardião da Constituição’ do que como garantidor da própria história jurisprudencial, à qual se refere legitimamente de modo autorreferencial”. (MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Trad. Martonio Lima e Paulo Albuquerque. *Novos Estudos Cebrap*, n. 58, p. 192, nov. 2000).

¹⁰⁵ VILHENA, Oscar. *Supremocracia*, pp. 55-758.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 60.

¹⁰⁷ Celso Fernandes Campilongo, fazendo referência à obra de Guarnieri, aponta as consequências relacionadas ao que se poderia denominar tipo ideal de juiz político afirmando que: “a combinação de elevada autonomia com alta criatividade pode representar duas coisas distintas. De uma parte, e esse é o aspecto mais perverso do modelo do juiz-político, o excesso de poderes sem controle ressuscita o problema do arbítrio, da imprevisibilidade do Direito e da demarcação pouco clara entre direito e não direito. De outra parte, contudo, este modelo introduz o magistrado-político num contexto onde diversos outros atores desempenham papéis equivalentes (políticos). Nem o legislador, nem o juiz detêm o monopólio ou privilégio na definição do direito. O problema do arbítrio vem, assim, contornado pela multiplicação dos níveis de poder e pelas imbricações das funções de governo. Se a magistratura ‘socorre’, ‘complementa’ ou ‘substitui’ a legislatura, não é menos certo que, no interior do Executivo e do Legislativo, vários órgãos passam a desempenhar funções judicantes: câmaras setoriais, comitês de ética e comissões parlamentares de inquérito são alguns exemplos. Além disso, elevada criatividade e independência estão longe de representar total liberdade. Haverá sempre textos a interpretar, procedimentos a observar e hierarquias a respeitar” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002. pp. 55-56).

¹⁰⁸ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 13.

em unir os dois destinos – do Judiciário e da política – explica por que o autor [Garapon] acolhe com reservas aquilo que se deve chamar de ativismo jurisdicional”¹⁰⁹.

Essa crescente demanda por justiça decorre de um certo desamparo da política e, dessa forma, o direito torna-se a última moral comum em uma sociedade que já não a possui. Nesse contexto, ao desamparo da política, somente o julgamento do magistrado seria aceito por aqueles que vivem em uma democracia¹¹⁰. Entendimento semelhante é apresentado por François Edwald, para quem “quanto menos o direito for assegurado, mais a sociedade é forçada a tornar-se jurídica”¹¹¹.

Não faz muito sentido acreditar que juízes possam alcançar a melhor interpretação possível das normas constitucionais, enquanto o Legislativo não seja considerado legítimo para tanto. Também não faz sentido aceitar a ideia de que a atuação excessiva do Judiciário é inofensiva, mesmo quando está nítida a sua progressiva interferência no âmbito de atuação dos demais poderes. Segundo John Hart Ely, se o Parlamento não é democrático o suficiente, deve-se reforçar a democracia e não considerar os membros do Judiciário como mais preparados e capazes para interpretar o sentimento popular. O entendimento de John Hart Ely é que cabe ao Legislativo a interpretação de valores do texto constitucional e, se tal interpretação for desaprovada pela maioria, a solução é não reeleger tais representantes para um novo mandato¹¹².

Apesar de o Judiciário, sempre que chamado, buscar resolver os problemas (até porque ele não poderia se esquivar), não se deve olhar para a justiça como se ela fosse capaz de apresentar a melhor solução em todas as hipóteses. Que o Judiciário tem um papel importante em um Estado democrático não se está a questionar. Entretanto, não é razoável que todas as dificuldades sejam postas sob sua apreciação e que seja sua responsabilidade apresentar a solução final e definitiva. Existem situações fáticas – por exemplo, no caso de concretização de direitos essenciais do ser humano – que dependem muito mais da intervenção dos poderes políticos, por meio da implementação de uma política pública, do que de uma decisão proferida pelo Judiciário. Além disso, quando a decisão é proferida pelo Judiciário, normalmente ela beneficia uma única

¹⁰⁹ RICOUER, Paul. Prefácio da obra de Antoine Garapon. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 13.

¹¹⁰ Ibidem, p. 15.

¹¹¹ GARAPON, *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 15.

¹¹² ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*, p. 103 (Tradução livre).

peessoa ou um pequeno grupo, diferente do que acontece quando a decisão emana do Legislativo.

Ademais, segundo defensores da atuação legislativa, decisões judiciais não têm o condão de transformar uma sociedade, pois elas são ineficazes para proporcionar grandes mudanças sociais^{113 114}, ao contrário do que acontece com a atuação legislativa. De toda forma, esse “entusiasmo exagerado pela justiça pode conduzir a um impasse. A transferência irracional de todas as frustrações modernas para a justiça, o entusiasmo ingênuo pela sua onipotência, podem voltar-se contra a própria justiça”¹¹⁵.

Com o ativismo judicial e a conseqüente perda de espaço dos poderes políticos, o Judiciário passa a ser visto como uma espécie de anjo da democracia, sustentando-se com o descrédito do Estado e com a decepção quanto ao político¹¹⁶. Garapon ainda questiona: “tratando-se de juizes, será que vamos nos entregar de pés e mãos atados a uma nova forma de controle tão detestável quanto a antiga burocracia?”¹¹⁷. Nesse contexto, não estaria sendo a justiça considerada, muito “além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”¹¹⁸.

Para Antoine Garapon, o ativismo não significa a transferência do poder soberano do povo para o juiz, mas uma transformação pela qual passa o processo democrático: “a transformação do papel do juiz corresponde à transformação da própria democracia. [...] O aumento do poder da justiça é mais um prenúncio de uma mudança profunda em nossa democracia”^{119 120}.

¹¹³ SUNSTEIN, Cass, *A Constituição Parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, p. 188.

¹¹⁴ Sunstein defende esse posicionamento, mas afirma que, em algumas situações específicas, a atuação do Judiciário pode promover a reforma de instituições sociais. O autor cita a decisão do caso *Brown v. Board of Education*, proferida em 1954, em que a Suprema Corte norte-americana considerou inconstitucional a segregação racial em escolas públicas. Importante também lembrar a decisão sobre a união homoafetiva, proferida pelo STF que ocasionou modificação radical sobre essa questão no Brasil.

¹¹⁵ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, pp. 27-28.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 74.

¹¹⁷ *Ibidem*, pp. 27-28.

¹¹⁸ MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, Nov, 2000, p. 187.

¹¹⁹ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 46.

¹²⁰ “A irrupção do ativismo jurídico só poderá ser compreendida se relacionada a um movimento profundo, do qual ele é apenas uma das manifestações. Não se trata de uma transferência de soberania para o juiz, mas, sobretudo, de uma transformação da democracia. A grande popularidade dos juizes está diretamente ligada ao fato de que foram confrontados com uma nova expectativa política, da qual se sagraram como heróis, e que encarnaram uma nova maneira de conceber a democracia. O que aconteceu, então, nesta última década? A origem desse movimento se encontra mais no investimento do direito no imaginário democrático do que no próprio direito. Ele converteu-se na nova linguagem com a qual se

Apesar de visualizar aspectos positivos do ativismo, Garapon não se deixa enganar e aponta alguns riscos que essa postura pode causar à democracia: “esse panorama democrático pressupõe ainda novos perigos. O excesso de direito pode desnaturalizar a democracia [...] a justiça não pode se colocar no lugar da política; do contrário, arrisca-se a abrir caminho para uma tirania das minorias”¹²¹.

Os canais políticos são frequentemente muito melhores para a realização de reformas sensíveis, mais eficientes e que alcancem, de forma mais ampla, diversos grupos e interesses¹²², enquanto a busca reiterada pelo Judiciário para solução das demandas da sociedade e o consequente “poder inédito atribuído aos juizes”¹²³ pode fazer com que eles sejam vistos, equivocadamente, como verdadeiros seres supremos, que tudo podem resolver. Além disso, os atores da vida democrática, legítimos representantes do povo, perdem espaço e a democracia, com certeza, é a mais prejudicada: “ao submetemos tudo ao juiz, ligamo-nos a novos sacerdotes que tornam o objetivo da cidadania sem efeito. Isso desvaloriza o papel do cidadão, confinado a ser um consumidor, um telespectador ou um litigante. O risco é de se evoluir para uma organização clerical do poder. E de confiscar a soberania”¹²⁴.

Para alguns doutrinadores, a judicialização, e a consequente busca individual de concretização dos interesses perante o Judiciário, promove uma desmobilização¹²⁵ dos cidadãos para a luta política, pois a dimensão coletiva da luta pelos direitos essenciais cederia espaço para os litígios individuais¹²⁶. Garapon também demonstra preocupação com essa situação e reconhece que uma atuação mais ativista inviabiliza a organização social, ao afirmar que “o juiz faz com que a democracia corra o risco do ativismo

formulam as demandas políticas que, desiludidas com um Estado inativo, se voltam maciçamente para a justiça”. (GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 39).

¹²¹ Ibidem, p. 53

¹²² SUNSTEIN, Cass, *A Constituição Parcial*, p. 187.

¹²³ Expressão utilizada por Antoine Garapon em “O juiz e a democracia: o guardião das promessas”, p. 53.

¹²⁴ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 62.

¹²⁵ Neste sentido o ensinamento de Cass Sunstein: “O recurso à política tende a mobilizar os cidadãos sobre as questões públicas, e a mobilização é boa para os indivíduos e para a sociedade como um todo. Pode inculcar compromissos políticos, entendimentos mais amplos, sentimentos de cidadania e dedicação à comunidade. A ênfase no Judiciário frequentemente enfraquece esses valores. A invalidação judicial de desfechos políticos poderia muito bem ter efeitos corrosivos sobre os processos democráticos”. (SUNSTEIN, Cass. *A Constituição Parcial*, p. 186).

¹²⁶ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Júris. 2008.

quando cria um direito pretoriano ou, ao contrário, um risco de imobilismo, impedindo reformas desejadas pela maioria”¹²⁷.

Mas, onde estaria o fundamento para essa postura ativista do Judiciário? Em seu estudo sobre o tema, Elival da Silva Ramos aponta alguns elementos que deram impulso ao ativismo judicial no contexto jurídico brasileiro. Como primeiro elemento dessa impulsão do ativismo Judiciário, o autor cita o modelo de Estado democrático-social, de perfil intervencionista, atuante e que em tudo intervém, diferente, portanto, do Estado absentéista do liberalismo. Nesse modelo de Estado, não somente lhe é cobrado o controle jurídico da atividade dos demais poderes estatais, mas também sobre si recaem cobranças da sociedade no que diz respeito à concretização dos fins previstos no texto constitucional, “incluindo a imediata fruição de direitos sociais ou a extensão de benefícios, de universalização progressiva. [...] É neste sentido que se pode dizer que o próprio modelo de Estado-providência constitui força impulsionadora do ativismo judicial”¹²⁸.

Também o controle de constitucionalidade leva ao ativismo pelo fato dessa função, apesar de se tratar de função nitidamente de natureza jurisdicional, muito se aproxima da função legislativa. Além disso, “a descoberta desse instrumental [...] tende a provocar certo ‘deslumbramento’ em Cortes Constitucionais jovens ou em tribunais consagrados, que passem a exercer mais intensamente o controle de constitucionalidade”¹²⁹. E acrescenta o autor que só resta aguardar o “amadurecimento institucional”¹³⁰ para que seja superada essa fase de encantamento e a situação seja modificada.

Elival da Silva Ramos também aponta como elemento motivador do ativismo, de matriz eminentemente teórica, as perspectivas contemporâneas do direito e sua fragilidade teórica: “o neoconstitucionalismo [...] elaboração imersa em tamanhas

¹²⁷ GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*, p. 74.

¹²⁸ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 271.

¹²⁹ Para Elival da Silva Ramos, “quer no controle concentrado, quer no controle abstrato em sistema difuso, registra-se a tendência a se admitir a modulação dos efeitos temporais das decisões sancionatórias da inconstitucionalidade; finalmente, a jurisdição constitucional, assim desenvolvida, interfere diretamente no conteúdo dos atos legislativos controlados. O exercício da fiscalização de constitucionalidade, nas condições apontadas, é fator desencadeante do ativismo judiciário na medida em que o órgão de controle percebe tornar-se menos nítida a distinção entre legislação e jurisdição”. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 277).

¹³⁰ *Ibidem*, p. 278.

fragilidades, que não passa de muito mais do que um “modismo intelectual”¹³¹. O autor afirma que nem os próprios neoconstitucionalistas conseguem visualizar com clareza uma diretriz teórica a ser seguida, por isso parecem “operar em meio à fumaça e à espuma”¹³².

E assim, Elival da Silva Ramos afirma categoricamente que “a maior parte dos escritos nacionais associados ao ‘ideário’ do neoconstitucionalismo contemplam manifestações de um difuso moralismo jurídico e, nesse sentido, constituem fato de impulso ao ativismo judiciário”¹³³.

Outro fator que impulsionou essa postura ativista foi a adoção da súmula vinculante¹³⁴, introduzida no ordenamento jurídico brasileiro com a Reforma do Judiciário, ocorrida no ano de 2004. Para muitos doutrinadores, essa nova atribuição do STF tem nítida natureza normativa¹³⁵. Neste sentido é o entendimento de Rodolfo de

¹³¹ O autor afirma que o neoconstitucionalismo não chega a caracterizar um movimento ou escola, dada a falta de aglutinação de seus integrantes em torno de um corpo coerente de postulados ou de propostas, constituindo, quando muito, um viés teórico no campo do Direito Constitucional.

¹³² Para exemplificar, o autor traz uma citação de Luis Roberto Barroso, extraída do artigo Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil, publicado na Revista da Procuradoria Geral do Estado. São Paulo: Centro de Estudos da PGE, 63/64, pp. 1-49, jan./dez. 2006, p. 2, onde Barroso afirma: “talvez essa seja uma boa explicação para o recurso recorrente aos prefixos *pós* e *neo*: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neoconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem a pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360°”.

¹³³ RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 285.

¹³⁴ O artigo 103 da Constituição Federal de 1988 trata da súmula vinculante nos seguintes termos: “O Supremo Tribunal Federal poderá, de ofício ou por provocação, mediante decisão de dois terços dos seus membros, após reiteradas decisões sobre matéria constitucional, aprovar súmula que, a partir de sua publicação na imprensa oficial, terá efeito vinculante em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal, bem como proceder à sua revisão ou cancelamento, na forma estabelecida em lei. § 1º A súmula terá por objetivo a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja controvérsia atual entre órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre questão idêntica. § 2º Sem prejuízo do que vier a ser estabelecido em lei, a aprovação, revisão ou cancelamento de súmula poderá ser provocada por aqueles que podem propor a ação direta de inconstitucionalidade. § 3º Do ato administrativo ou decisão judicial que contrariar a súmula aplicável ou que indevidamente a aplicar, caberá reclamação ao Supremo Tribunal Federal que, julgando-a procedente, anulará o ato administrativo ou cassará a decisão judicial reclamada, e determinará que outra seja proferida com ou sem a aplicação da súmula, conforme o caso”.

¹³⁵ Nesse sentido, Celso Fernandes Campilongo relaciona o ativismo judicial (pela produção da norma jurídica pelo judiciário) com a hipertrofia legislativa: “certamente, a hipertrofia do direito legislado apenas reforça e alimenta as possibilidades do direito judicial. Também não se trata de negar a expansão global do Poder Judiciário e suas conotações políticas. O importante é salientar, mais uma vez, que, na sociedade moderna, democracia é sinônimo de elevada complexidade e pressupõe a diferenciação funcional entre sistema jurídico e sistema político. Por isso, o processo de ampliação dos poderes do juiz, de um lado, e a tentativa de implantação de súmulas vinculantes, de outro, ao transferirem para o sistema jurídico critérios operativos da política (em termos de liberdade, rapidez e amplitude dos vínculos decisórios), expõem os dois sistemas a uma ‘desdiferenciação’ incompatível com a democracia e a

Camargo Mancuso, ao afirmar que a súmula proporciona uma profunda alteração no funcionamento das instituições e que nada fica a dever à norma legal: “a súmula, quando potencializada com a nota da obrigatoriedade, pouco ou nada fica a dever, em termos de eficácia jurídica e social, à própria norma legal”. E acrescenta que a súmula resulta em profunda alteração no desenho jurídico-institucional do país, uma vez que ela passa a ter grau de eficácia semelhante ao da própria lei, tornando-se um paradigma obrigatório, geral, abstrato e impessoal ¹³⁶.

É perceptível, no âmbito do Judiciário brasileiro, a judicialização da política, principalmente em temas como saúde e educação, possibilitando ao cidadão a fruição de direitos que estão previstos no texto constitucional, mas que nem sempre são concretizados pela atuação dos poderes políticos. Entretanto, o entendimento que prevalece na doutrina brasileira, contrária ao ativismo, é que o Judiciário vai muito além de decidir a situação fática, posta sob sua apreciação e acaba criando normas jurídicas, principalmente no âmbito de efetivação dos direitos sociais. Ao assumir essa postura, ele estaria interferindo na atuação dos demais poderes do Estado, uma vez que não é sua função definir e implementar políticas públicas.

A ideia que deveria prevalecer é que, em muitos momentos, vai ser necessária uma postura ativista do Judiciário, mas é preciso compreender que as decisões ativistas não podem ser regra, mas exceção ¹³⁷. Deve ser adotada uma postura de autocontenção

complexidade moderna. São típicos de uma modernidade periférica, pois violam o caráter autopoiético dos dois sistemas e reforçam os impedimentos recíprocos” (CAMPILONGO, Celso Fernandes. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000. p. 87).

¹³⁶ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 327-329.

¹³⁷ No entendimento de Roberto Mangabeira Unger “há circunstâncias em que os juízes podem e devem exercer um fragmento dessa autoridade a fim de que os órgãos políticos e a cidadania também possam fazê-lo. [...] Na maior parte, contudo, tal tarefa está além do que os juízes podem realizar eficaz ou legitimamente. Se eles insistem em realizá-lo, correm o risco de ser levados pela necessidade de conciliar ambição e modéstia a um reformismo grosseiro e circunstancial, que produz tanto mal quanto bem. [...] Mesmo que o juiz escolha sensatamente a linha do avanço democrático, descobre mais que frequentemente que a sua deficiência de poder e legitimidade o impede de lidar com as estruturas institucionalizadas de onde a maior parte da desigualdade e exclusão se origina; que a fuga de causas últimas é logo tratada com a sua santificação; que seus benefícios acabam desviados para os segmentos não merecedores de grupos merecedores; que sua arrogância e casuismo ajudam a manter aqueles em situação de desvantagem desorganizados e divididos; e que os efeitos práticos sejam tão ínfimos quanto a intervenção corretiva é ruidosa. Além disso, usar qualquer litígio concreto para levar a história para frente pode, com frequência, corromper o ideal de preocupação com as pessoas, bem como o ideal de autogoverno popular, ao subordinar os problemas dos litigantes às aspirações de uma providência togada”. (UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004, pp. 145-146).

judicial, a fim de preservar a ordem democrática e a convivência harmônica entre os três poderes¹³⁸.

Embora essa questão não seja nova, parece que está longe de chegar a um consenso. Esse embate entre Judiciário e Legislativo pela melhor interpretação do texto constitucional ainda reserva muitos episódios.

2.4 O ativismo no Supremo Tribunal Federal: o discurso axiológico e a concretização dos direitos essenciais

O STF tem sido apontado como o grande irradiador do ativismo judicial no Brasil, uma vez que, por se tratar de órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, as suas decisões acabam gerando reflexos sobre juízes e tribunais inferiores¹³⁹. A ideia defendida pela doutrina de concretização do mínimo existencial, com foi visto no capítulo anterior, conduz, em certa medida, a essa postura ativista adotada pelo Judiciário.

Além dessa perspectiva aqui apresentada para o ativismo judicial e mais comentada pela doutrina, Juliano Zaiden Benvindo lança um novo olhar e apresenta uma preocupação ainda mais relevante para essa questão:

Por trás da ampliação da presença do Supremo Tribunal Federal em diferentes temas da prática social, se consolida, contudo, na cultura constitucional brasileira, uma compreensão que tende a enfraquecer o sentido deontológico dos direitos fundamentais em favor da

¹³⁸ Para Conrado Hübner Mendes, a busca excessiva pelos tribunais fragiliza a Constituição: “A obsessão teórica com Tribunais, somada ao absoluto silêncio em relação ao legislador, fragiliza o papel que a Constituição pode desempenhar num sistema político. O legislador não está isento de respeitar os limites constitucionais, independentes de uma instituição externa que o vigie. E, em função do desacordo inerente à interpretação constitucional, não me parece aceitável afirmar que uma instituição judiciária possua habilidades cognitivas ímpares ou autoridade moral superior para determinar o conteúdo do texto normativo. A interpretação constitucional legislativa não é descartável. A teoria constitucional não pode eximir o legislador de firmar entendimentos consistentes sobre o significado da Constituição” (MENDES, Conrado Hübner. *Controle de constitucionalidade e democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. p. 193).

¹³⁹ “As decisões judiciais [...] revelam, seguramente, o incremento do ativismo judicial no Brasil, visto que emanadas do órgão de cúpula de nosso Poder Judiciário, o qual, pela influência exercida sobre juízes e tribunais inferiores e pelos instrumentos de jurisdição de que dispõe se converteu em polo irradiador dessa insidiosa disfunção”. (RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*, p. 268).

interpretação da Constituição como uma “ordem concreta de valores”¹⁴⁰.

No entendimento de Juliano Zaiden Benvindo, com o enfraquecimento do sentido deontológico do texto constitucional, abre-se espaço para a sua interpretação como uma carta de valores¹⁴¹, com a construção de “soluções que trazem a dimensão axiológica para a aplicação do direito sem que haja o efetivo filtro institucional que poderia ensejar um melhor relacionamento entre as atividades do parlamento e o judiciário”¹⁴².

A atuação dos tribunais brasileiros, especialmente o STF, vem demonstrando uma maior preocupação com os valores que devem ser preservados no ordenamento jurídico, retirando, assim, a centralidade do enfoque no direito. Algumas decisões do STF, apresentadas no capítulo anterior¹⁴³, trazem esse enfoque, ao enxergar o tribunal como o órgão responsável pelo cumprimento dos valores previstos no texto constitucional, dentre eles, a dignidade humana, o bem-estar e a felicidade. Assim, seria responsabilidade do Judiciário o dever de assegurar o mínimo existencial, seja em matéria de educação, saúde, lazer, etc., demonstrando, claramente, a preocupação do tribunal com a concretização desses valores¹⁴⁴.

¹⁴⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade*. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, pp. 560-582.

¹⁴¹ Para Fábio Portela de Almeida compreender esta concepção da Constituição é inaceitável para a democracia constitucional, pois “o risco primordial da leitura da constituição como ordem concreta de valores é a imposição dos valores morais de uma doutrina abrangente a toda a sociedade, excluindo a possibilidade do diálogo racional acerca dos princípios constitucionais que regem uma sociedade marcada pelo fato do pluralismo razoável”. (ALMEIDA, Fábio Portela L. de. *Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma Teoria Hermenêutica Democrática*. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 493–516, jul-dez. 2008, p. 499).

¹⁴² BENVINDO, Juliano Zaiden. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade*. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*, pp. 560-582.

¹⁴³ Veja o item 1.3 deste trabalho que abordou o tratamento jurisprudencial concedido aos direitos essenciais, sendo possível constatar a preocupação dos tribunais com os valores, especialmente com o denominado mínimo existencial, seja quando trata do direito à moradia, mobilidade urbana, prestações de saúde, o direito à educação, etc.

¹⁴⁴ Neste sentido, em decisão proferida em 07/04/2010 na Suspensão de Segurança no MS nº 2009.0030.5677-0/CE, o Min. Gilmar Mendes reitera a possibilidade de o Judiciário decidir sobre a execução de políticas públicas, na perspectiva de assegurar o mínimo existencial e faz referência a decisão anterior proferida pelo Min. Celso de Mello: “Quanto à possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, destaco a ementa da decisão proferida na ADPF-MC 45/DF, relator Celso de Mello, *DJ* 29.4.2004: “Ementa: arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. Inoponibilidade do arbítrio estatal à efetivação dos

Tudo isso indica que parece haver uma nítida confusão entre princípios e valores¹⁴⁵, e confundir princípios e valores é um risco que pode levar o intérprete a privilegiar uma determinada perspectiva em detrimento de outras, erro que deve ser evitado no contexto de sociedades extremamente plurais¹⁴⁶. Além disso, enquanto os valores podem ser realizados parcialmente, a partir de um balanceamento, os princípios não podem colidir, pois ou eles são considerados válidos ou inválidos, podendo ser afastados no caso específico¹⁴⁷.

Esse entendimento que não diferencia valor e princípio é encontrado, principalmente, na teoria desenvolvida pelo alemão Robert Alexy, que busca “a reabilitação da tão depreciada teoria valorativa dos direitos fundamentais”¹⁴⁸, quando acredita que “a positivação de direitos fundamentais que vinculam todos os poderes estatais representa uma abertura do sistema jurídico perante o sistema moral, abertura que é razoável e que pode ser levada a cabo por meios racionais”¹⁴⁹.

Para Robert Alexy, os conceitos deontológicos estão ligados à ideia de dever, proibição e permissão, enquanto os axiológicos “são caracterizados pelo fato de que seu conceito básico não é o de dever ou de dever-ser, mas o conceito de bom”¹⁵⁰. Alexy entende que os princípios constitucionais e os valores estão intimamente relacionados, uma vez que “a realização gradual dos princípios corresponde à realização gradual dos valores”¹⁵¹. Dessa forma, ele não estabelece distinção entre princípio e valor¹⁵², sendo

direitos sociais, econômicos e culturais. Caráter relativo da liberdade de conformação do legislador. Considerações em torno da cláusula da ‘reserva do possível’. Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da viabilidade instrumental da arguição de descumprimento no processo de concretização das liberdades positivas (direitos constitucionais de segunda geração)”.

¹⁴⁵ Para Habermas, normas e valores não se confundem: “Portanto, normas e valores distinguem-se, em primeiro lugar, através de suas respectivas referências ao agir obrigatório ou teleológico; em segundo lugar, através da codificação binária ou gradual de sua pretensão de validade; em terceiro lugar, através de sua obrigatoriedade absoluta ou relativa e, em quarto lugar, através dos critérios aos quais o conjunto de sistemas de normas ou de valores deve satisfazer. Por se distinguirem segundo essas qualidades lógicas, eles não podem ser aplicados da mesma maneira”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, p. 317).

¹⁴⁶ ALMEIDA, Fábio Portela de. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma Teoria Hermenêutica Democrática. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 493–516, jul-dez. 2008, p. 508.

¹⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, pp. 317-318.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008 p. 29.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 29.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 145.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 144.

¹⁵² Fábio Portela de Almeida defende que “princípios e valores devem ser mantidos como categorias lógicas distintas, com a prevalência dos princípios, na medida em que são razões aceitáveis por todos, ao contrário dos valores, que só são aceitos por alguns”. (ALMEIDA, Fábio Portela L. de. Os Princípios

possível equiparar valores a princípios sem perda de significado¹⁵³, por entender que “a função dos princípios é análoga aos critérios de valoração (valores)”¹⁵⁴. No entanto, Alexy estabelece uma única diferença: “princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo”¹⁵⁵.

A partir do momento em que os direitos fundamentais passam a ser compreendidos, segundo essa vertente do pensamento jurídico, como bens e valores, eles passam a concorrer em condições de igualdade, pois cada valor tem sua particularidade, enquanto as normas devem a sua validade a um teste de universalização¹⁵⁶.

Essa concepção axiológica da Constituição, enquanto uma carta de valores, pode conduzir o intérprete a adotar o balanceamento de princípios constitucionais, segundo uma proporção, para definir qual princípio é mais aplicável ao caso concreto. Ao contrário, quando se adota uma concepção deontológica do direito, percebe-se que não faz sentido falar em princípios mais ou menos aplicáveis, mas, segundo as especificidades do caso concreto, é possível determinar qual princípio é mais adequado à situação fática¹⁵⁷.

Quando o tribunal adota fundamentos ligados à noção de valores e os adota como base de sua prática decisória¹⁵⁸, aumenta o risco dos juízes irracionais, porque,

Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma Teoria Hermenêutica Democrática. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 493–516, jul-dez. 2008, p. 507).

¹⁵³ Para Habermas, é perfeitamente possível distinguir normas de princípios: “normas válidas obrigam seus destinatários, sem exceção e em igual medida, a um comportamento que preenche expectativas generalizadas, ao passo que valores devem ser entendidos como preferências tidas como dignas de serem desejadas em determinadas coletividades, podendo ser adquiridas ou realizadas através de um agir direcionado a um fim”. (HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*. Volume I, pp. 316).

¹⁵⁴ ALMEIDA, Fábio Portela L. de. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma Teoria Hermenêutica Democrática. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 493–516, jul-dez. 2008, p. 499.

¹⁵⁵ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*, p. 153.

¹⁵⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I, p. 321.

¹⁵⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582.

¹⁵⁸ Juliano Zaiden Benvindo esclarece que o balanceamento entre direitos e valores ganha força no direito brasileiro, sendo utilizado pela corte para justificar o posicionamento político que emanava de suas decisões: “The idea of shaping constitutional rights with other values evolved naturally from the role the STF progressively played in the new political order. Yet, this impulse towards the material review of governmental and legislative acts, despite the prevalent justification based on the substantive due process of law, was still deprived of a better comprehension of what the premise of being the ‘Guardian of the

neste caso, os argumentos funcionalistas prevalecem sobre os normativos, afirma Habermas¹⁵⁹. De forma que, ao deixar-se “conduzir pela ideia da realização de valores materiais, dados preliminarmente no direito constitucional, o tribunal constitucional transforma-se numa instância autoritária”¹⁶⁰.

É possível perceber que, nas decisões proferidas pelo STF que adotam a tendência estabelecida pela nova ordem constitucional, é evidente o caráter axiológico, em detrimento do deontológico, quando é adotado o fundamento relacionado aos valores, por exemplo, à dignidade humana, a felicidade e o bem-estar, na tomada de decisão política¹⁶¹. E assim, quando, ao proferir decisões constitucionais de cunho político, o STF adota a postura que leva à sobreposição de valores em relação aos direitos, há o enfraquecimento do sentido da Constituição¹⁶² e surge a preocupação com o grau de confiança que se pode depositar na atuação do tribunal, uma vez que valores são preferências.

A análise das decisões proferidas pelo tribunal parece demonstrar que o STF tende a seguir, tranquilamente, e, cada vez mais, em direção ao ativismo judicial, fenômeno que o coloca numa posição de destaque no debate de questões sociais e políticas. Esse caminho que o tribunal está trilhando¹⁶³ causa certa apreensão, principalmente, pela possibilidade de interferência no princípio da separação de

Constitution’ really meant”. (BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010. p.115).

¹⁵⁹ HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I, pp. 321-322.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 321.

¹⁶¹ Decisões nesse sentido foram objeto de comentários no capítulo I do presente trabalho.

¹⁶² Neste sentido, assegura Juliano Zaiden Benvindo: “afirmar que a Constituição é uma ‘carta de valores’ talvez traga muito desse sentido mais fraco da Constituição, que pode ter seus princípios balanceados em prol de qualquer valor coletivo considerado relevante pelo Supremo Tribunal Federal, como um valor econômico, político, religioso, etc. Naturalmente, isso levanta, mais uma vez, o debate sobre o ativismo judicial”. (BENVINDO, Juliano Zaiden. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade*. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582).

¹⁶³ Em matéria veiculada na revista *Isto É*, em julho de 2011, o senador Pedro Taques (PDT-MT) fala sobre a necessidade de “restaurar a atividade legislativa”, pois “estamos caminhando para o ativismo judicial, em que 11 deuses decidem o que é bom. Não é legítimo numa democracia. Eles não foram eleitos”. No mesmo sentido, Ives Gandra Martins, afirma que não era a intenção dos constituintes que o Supremo se tornasse um legislador, e afirma que “o Supremo está incinerando o artigo 102 da Constituição. Ele não pode legislar”. Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes concorda que legislar não é atribuição do judiciário e que o Supremo não pode substituir o Congresso, mas afirma que a instituição vem ocupando espaços vazios, lacunas deixadas pelo legislador, uma vez que há “paralisia institucional”, pois “as forças políticas se digladiam e não encontram solução para os temas”. E assim, o STF segue a caminho de se tornar o “supremo legislador federal”. (Adriana Nicacio assina a matéria “Supremo legislador federal”, publicada na Revista *Isto É*, publicada em 20/07/2011).

poderes¹⁶⁴, transformando a Constituição em uma “carta de valores” que possa ser administrada pelo tribunal, conforme o interesse de todos¹⁶⁵.

Importante o alerta de Juliano Zaiden Benvindo, quando afirma que a partir do momento em que a Constituição passa a ser vista e interpretada como uma simples “carta de valores”, fortalecendo uma postura mais individualizada da Corte¹⁶⁶, há um grande prejuízo à possibilidade de um diálogo entre as instituições democráticas de construção do direito e, assim, corre-se “o contínuo risco do monólogo e da construção arbitrária do conteúdo decisório, o que é um sério ataque à democracia constitucional”

¹⁶⁷.

2.5 Palavras finais

No presente capítulo foi abordada a questão da supremacia judicial e a discussão doutrinária relacionada ao tema, com posicionamentos favoráveis e contrários. Com o estudo, foi possível constatar que o atual caminhar do Judiciário brasileiro, principalmente, do Supremo Tribunal Federal, seguindo um movimento de crescente expansão de seu poder, tem causado reação dos demais poderes estatais, que questionam o caráter democrático do Judiciário.

Essa atuação extremamente política tem levado o tribunal a enxergar a Constituição como uma “carta de valores”, com a apreciação das demandas segundo o balanceamento de princípios constitucionais. Juliano Zaiden Benvindo afirma que essa prática conduz a uma atuação extremamente individualizada da Corte, por não levar em consideração, no momento de tomada de decisão, o ponto de vista das demais

¹⁶⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. *On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*, p.130.

¹⁶⁵ Ibidem, p.107.

¹⁶⁶ Importante também o posicionamento de Cláudio Ladeira de Oliveira sobre o tema: “no ativismo judicial os juízes são atuantes no sentido não apenas de ‘fazer cumprir a lei’ em seu significado exclusivamente formal. Significa mais: eles assumem uma postura mais audaciosa na interpretação de princípios constitucionais abstratos tais como ‘dignidade da pessoa humana’, ‘igualdade’, ‘liberdade de expressão’ etc. São mais audaciosos por que reivindicam para si a competência institucional e a capacidade intelectual para fixar tais conceitos abstratos, concretizá-los, conferir um significado mais preciso a estes termos; e principalmente: para julgar atos do legislativo que interpretam estes mesmos princípios”. (OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. *Ativismo judicial, moderação e o minimalismo judicial de Cass Sunstein*. In: *Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único, pp. 1384-1404).

¹⁶⁷ BENVINDO, Juliano Zaiden. *Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade*. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, pp. 560-582.

instituições democráticas, principalmente quando se trata de decisões relacionadas à concretização de direitos fundamentais, o que normalmente deveria acontecer por meio de políticas públicas.

No lado oposto ao ativismo judicial, tem-se a supremacia legislativa, que vê no Poder Legislativo um maior grau de legitimidade para a interpretação dos direitos previstos no texto constitucional. Assim, partindo dessa divisão da doutrina, pretende-se aprofundar o estudo da supremacia do poder Legislativo nessa seara, a fim de melhor investigar, com base nos posicionamentos dos doutrinadores, qual dessas instituições tem mais representatividade para melhor interpretar os direitos constitucionais. Em outras palavras, quem está em melhor condição de exercer a função de revisão da constitucionalidade das leis, proferindo a “última palavra”, caso se adote a teoria da última palavra.

Pretende-se também investigar a possibilidade de uma interação dialógica entre as instituições, com vistas a alcançar a melhor e mais democrática interpretação do texto constitucional, no que diz respeito à concretização de direitos.

Face à grande importância do estudo do tema e, com a análise dos posicionamentos doutrinários, ora em defesa da supremacia judicial, ora em defesa da supremacia legislativa, apresentaremos em contraponto a estas duas concepções, a teoria dos diálogos institucionais, enquanto perspectiva capaz de viabilizar uma deliberação conjunta entre as instituições, possibilitando uma interação mais harmônica (ou menos conflituosa) entre os poderes do Estado, repetindo e fazendo prevalecer o ideal democrático.

A ideia de que as instituições possam estabelecer um diálogo se apresenta como instrumento mais promissor para atacar a teoria da última palavra¹⁶⁸ que caberia ao Judiciário, segundo seu próprio entendimento, no que diz respeito à interpretação dos direitos constitucionais. Será, portanto, com os diálogos institucionais que se poderá ponderar se uma situação concreta e específica se constitui em momento certo para que uma determinada instituição se pronuncie ou se a melhor postura a ser adotada seria agir com deferência, permitindo que a outra instituição assuma a palavra.

A viabilidade dessa interação dialógica entre corte e parlamento vem sendo apontada como um caminho para a reaproximação entre democracia e o sistema de

¹⁶⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 160.

judicial review, além de sinalizar pela possibilidade da construção de uma forma alternativa e cooperativa da interpretação constitucional.

Se, por um lado, o “diálogo nos torna sensíveis ao fato de que, na política, decisões são provisórias, por mais custoso e demorado que seja revertê-las”¹⁶⁹, por outro, demonstra que a tarefa de dar significado ao texto constitucional deve ser compreendida como resultado da intervenção de muitos atores e não somente um¹⁷⁰.

O próximo capítulo se ocupará do estudo da supremacia legislativa com o propósito de analisar os fundamentos doutrinários que reconhece o Legislativo como o poder estatal que tem maior legitimidade para a interpretação dos direitos, por seu caráter mais democrático. Será analisada também a teoria dos diálogos institucionais, com o objetivo de melhor compreender a possibilidade de interação entre os poderes estatais na concretização de direitos fundamentais.

¹⁶⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 161.

¹⁷⁰ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009.

Capítulo 3 - Judiciário x Legislativo: aspectos controversos entre democracia e controle de constitucionalidade

3.1 Ideias introdutórias

É verdade que a criação e o desenvolvimento do controle jurisdicional de constitucionalidade consagraram a ideia da supremacia da Constituição, mas tem gerado grande controvérsia, no âmbito doutrinário, no que diz respeito à existência de um único “guardião das promessas”¹⁷¹ constitucionais.

Na atualidade, apesar da compreensão constitucionalista que atribui à jurisdição constitucional a possível “última palavra” na interpretação do texto constitucional, essa questão ainda é muito controvertida e a revisão judicial tem sido objeto de grande debate.

No contexto norte-americano, há uma nítida divisão da doutrina entre defensores e críticos da jurisdição constitucional. Pelos críticos, dentre outros argumentos, é apontada a feição contramajoritária e antidemocrática da jurisdição constitucional, face à escolha dos magistrados não ser feita pelo voto popular, como acontece com os representantes políticos. Isso significa que haveria um rompimento com os princípios democráticos, pois, diferente da situação dos representantes parlamentares, escolhidos para o exercício de um mandato com duração previamente determinada, a atuação dos magistrados, ao contrário, além de não ter uma duração pré-estabelecida, não passa pela aprovação popular, sendo prejudicada no que diz respeito ao requisito de legitimidade.

Assim, como os magistrados não estão submetidos ao principal instrumento de controle que é o voto popular, muitos estudiosos afirmam que os juízes não possuem legitimidade para julgar a constitucionalidade das leis aprovadas pelos representantes populares e, por esse motivo, o exercício da jurisdição constitucional seria maculado pelo caráter antidemocrático.

¹⁷¹ Essa expressão é utilizada no título da obra de Antoine Garapon: “*O juiz e a democracia: o guardião das promessas*”.

Nessa esteira, José de Souza e Brito¹⁷² questiona: “Por que razão deveriam os juízes, que não são legisladores eleitos pelo povo, poder afectar a força duma lei democrática? Não é isto governo dos juízes em vez de governo do povo”? Em sentido contrário, os defensores da supremacia judicial entendem que a interpretação constitucional é papel da corte, a quem cabe exercê-lo de forma soberana¹⁷³.

3.2 A teoria de Jeremy Waldron – a dignidade da legislação

Jeremy Waldron, filósofo de origem neo-zelandesa e grande estudioso sobre o tema, tem se dedicado ao desenvolvimento de uma acentuada crítica ao controle de constitucionalidade das leis, realizado pelo Judiciário. Grande parte de sua teoria está sedimentada na defesa da dignidade da legislação, face à ascensão da teoria da revisão judicial e a consequente atuação dos tribunais na conformação de direitos. Para Waldron, a revisão judicial (*judicial review*) realizada sobre a legislação não pode ser considerado o melhor modelo para tomada de decisão em uma sociedade democrática¹⁷⁴, pois qual seria o sentido de a determinação do Judiciário ser obrigatória, a ponto de vincular os poderes representativos, eleitos democraticamente? Neste sentido, Waldron argumenta:

O *judicial review* é vulnerável ao ataque em duas frentes. Ele não fornece, como frequentemente se afirma, uma maneira pela qual uma sociedade possa enfocar, claramente, as verdadeiras questões em jogo quando cidadãos discordam sobre direitos; ao contrário, o *judicial review* os distrai com questões secundárias sobre precedentes, textos e interpretação. E ele é politicamente ilegítimo, no que diz respeito aos valores democráticos: privilegiando a maioria dos votos entre um

¹⁷² BRITO, José de Souza e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional*: Colóquio no 10º aniversário do tribunal constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 1995. p. 39.

¹⁷³ Essa discussão sobre a quem cabe o controle de constitucionalidade das leis não é recente e nem tem data prevista para terminar. Sampaio afirma que “desde *Marbury v. Madison* (U.S. 137(1803)), a doutrina estadunidense se divide entre aqueles que defendem a atividade judicial de controle de constitucionalidade das leis, com maior ou menor intensidade, e outros que a atacam sob diversas razões: a falta de sustentação constitucional, a sua feição contramajoritária e antipopular, destacadamente por não ser o Judiciário provido de legitimidade democrática para anular um diploma normativo elaborado pelos verdadeiros representantes do povo; e até a inexistência de valores constitucionais substantivos a serem promovidos ou interpretados pela Suprema Corte”. (SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. pp. 165-166).

¹⁷⁴ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, 2006, p. 1347-1406, p. 1349.

pequeno número de juízes não eleitos e não responsabilizáveis, ele priva os cidadãos comuns de seus direitos e rejeita princípios de representação e igualdade política na solução final das questões sobre direitos.¹⁷⁵

A ideia central do autor é “recuperar a dignidade perdida do legislador, detentor de má reputação na filosofia do direito”¹⁷⁶. Para Waldron, a última palavra, isto é, a interpretação definitiva dos direitos constitucionais, não deve ficar a cargo do Poder Judiciário e sim do Legislativo¹⁷⁷, por ser o representante com maior legitimidade para tanto.

Mas o grande problema é que foi construída uma imagem idealizada do julgador e, por outro lado, também se construiu a má fama do legislador¹⁷⁸.

A intenção de Waldron é resgatar a dignidade da legislação e fazer com que o processo legislativo possa ser visto de forma digna e com o mesmo respeito que se atribui à atuação judicial¹⁷⁹. O legislativo democrático, no entendimento de Waldron, é uma instituição que possui os mesmos reflexos presentes numa sociedade plural e discordante. Logo, o desacordo não pode ser visto como mero detalhe que precisa ser contornado, ao contrário, o desacordo é característica fundamental da sociedade contemporânea, afinal, nós somos muitos e discordamos sobre justiça¹⁸⁰.

Acontece que “pintamos a legislação com essas cores soturnas para dar credibilidade a essa ideia de revisão judicial”¹⁸¹. Até porque essa superioridade das decisões judiciais não se sustenta uma vez que juízes discordam entre si da mesma forma que cidadãos e representantes eleitos também discordam. E apesar de se tecer

¹⁷⁵ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, 2006, p. 1347-1406, p. 1353. Tradução livre.

¹⁷⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. 81.

¹⁷⁷ Nesse sentido, Waldron defende a dignidade da legislação: “as pessoas convenceram-se de que há algo *indecoroso* em um sistema no qual uma legislatura eleita, dominada por partidos políticos e tomando suas decisões com base no governo da maioria, tem a palavra final em questões de direito e princípios. Parece que tal fórum é considerado indigno das questões mais graves e mais sérias dos direitos humanos que uma sociedade moderna enfrenta. O pensamento parece ser que os tribunais com suas perucas e cerimônias, seus volumes encadernados em couro e seu relativo isolamento ante a política partidária, sejam um local mais adequado para solucionar questões desse caráter”. (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003, p. 5).

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 2.

¹⁷⁹ “O meu objetivo é evocar, recuperar e destacar maneiras de pensar a respeito da legislação na filosofia jurídica e política que a apresentem como um modo de governança importante e dignificado”. (WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 6).

¹⁸⁰ Waldron começa seu livro *Law and Disagreement* afirmando que o desacordo faz parte da sociedade. eis as palavras utilizadas pelo autor: “There are many of us, and we disagree about justice”. (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999, p. 1).

¹⁸¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 2.

críticas à forma de tomada de decisão do parlamento, o sistema utilizado pelos juízes para tomar suas decisões também é o sistema de votação majoritária¹⁸². Portanto, tanto as decisões da Corte quanto as decisões legislativas são proferidas com utilização do mesmo método decisório. Então, se o processo de tomada de decisões pelo critério majoritário, com a simples contagem de votos, parece ser dotado de arbitrariedade, questiona Waldron, qual sentido faz o Poder Judiciário utilizar o mesmo procedimento em seu processo de tomada de decisões?

Pelo fato de os tribunais serem fóruns de tomada de decisão, é até compreensível que, em caso de desacordos sobre direitos, a eles se recorra. Entretanto, é preciso lembrar que as cortes não constituem “as vozes mais representativas ou mais respeitadas na comunidade”¹⁸³. É preciso entender que a existência do desacordo é a essência da política¹⁸⁴ e que o Parlamento não deve ser visto como um corpo desregrado e indigno de produzir o direito¹⁸⁵.

Apesar de reconhecer a existência da probabilidade que os juízes estejam tão comprometidos com os direitos quanto qualquer outro membro da sociedade, Waldron argumenta que os juízes discordam entre si sobre o significado e as implicações desses direitos, tanto quanto discordaria qualquer outra pessoa na sociedade e isso reflete na forma como eles exercem o controle de constitucionalidade¹⁸⁶.

O seu entendimento é que o desacordo faz parte da vida social e a filosofia política deveria voltar sua atenção para as questões teóricas ligadas à democracia e à autoridade e, não somente, para o desacordo sobre a justiça.

Waldron afirma que o processo legítimo a ser adotado para a solução dos conflitos decorrentes dos desacordos é o processo legislativo, cuja autoridade é proveniente da representação social. Ele discorda da crítica à democracia majoritária (expressão utilizada por Dworkin) que vê a atividade legislativa como um espaço indigno, destinado à troca de favores políticos, deturpações ideológicas, acordos

¹⁸² “The citizens may well feel that if disagreements on these matters are to be settled by counting heads, then it is their heads or these accountable representatives that should be counted”. (WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, p. 15).

¹⁸³ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. 87.

¹⁸⁴ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, p. 16.

¹⁸⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. 88.

¹⁸⁶ WALDRON, Jeremy. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, 2006, p. 1347-1406, p. 1363.

corporativos com a finalidade de atender os próprios interesses além de estar sujeita ao pior de todos os males, a corrupção¹⁸⁷.

Defensores modernos da democracia participativa temem que a adoção acentuada do *judicial review* possa levar ao enfraquecimento do engajamento ativo do cidadão no processo de deliberação política, à medida que importantes questões estão sendo retiradas do fórum político e passando à esfera jurídica¹⁸⁸.

Não se pode negar que, em muitas situações, a atuação do Parlamento é pautada por interesses políticos eleitorais e até mesmo por trocas de favores, mas não se pode dizer que se trata de uma instituição que não leva os direitos e os desacordos a sério¹⁸⁹. Por outro lado, também não é razoável acreditar, de forma ingênua, que a Corte é a melhor das instituições, porque está imune a esses vícios apontados em relação ao Legislativo, porque não faz parte desses jogos de poder ou porque trata os direitos com mais seriedade, por se tratar de “fórum de princípio”¹⁹⁰. Jogos de interesses existem sim, tanto no Legislativo quanto no Judiciário, e esse não pode ser considerado o melhor critério (isenção de possíveis vícios) para definição de competência das instituições.

Na sua obra *Dignidade da Legislação*, Waldron lamenta o silêncio quanto ao desenvolvimento de uma teoria normativa da legislação. A falta de um estudo mais aprofundado sobre o tema acaba por refletir na ascensão da ideia de credibilidade da revisão judicial: “ninguém parece ter visto a necessidade de uma teoria de tipo ideal que faria pela legislação o que o modelo de juiz de Ronald Dworkin, Hércules, faz pela judicatura”^{191 192}.

¹⁸⁷ DWORKIN, Ronald. *O direito da liberdade: a leitura moral da constituição norte-americana*. São Paulo: Martins Fontes, 2006, pp. 29-30.

¹⁸⁸ “Modern participatory democrats emphasize the importance of citizens' engaging actively in political deliberation, and some of them have misgivings about judicial review because they think it tends to undermine this engagement by removing important decisions of principle from the democratic forum”. (WALDRON, Jeremy. Judicial Review and the Conditions of Democracy. *The Journal of Political Philosophy* 6, no. 4 (November 8, 1998), p. 338).

¹⁸⁹ WALDRON, Jeremy. *Law and Disagreement*, p. 250.

¹⁹⁰ VITA, Álvaro de. Prefácio da obra de Conrado Hübner Mendes: *Controle de Constitucionalidade e Democracia*, p. xxi.

¹⁹¹ WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 1.

¹⁹² Cf. DWORKIN, Ronald. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 287 e WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*, p. 1.

Hércules é um personagem idealizado por Ronald Dworkin que aparece em sua obra *O Império do Direito* responsável pela interpretação das leis. Trata-se de um juiz imaginário dotado de capacidade e paciência sobre-humanas para atuar naquelas situações nas quais a solução não é claramente aferível pelo juiz, isto é, nos casos difíceis. Em tais situações, o juiz Hércules é chamado para apresentar a melhor

Sem dúvida, foi a partir da criação dessa imagem nebulosa do legislador que a teoria da revisão judicial ganhou força e espaço no cenário jurídico político. E a tarefa de indicar quem tem legitimidade para pacificar os desacordos sobre o significado dos direitos, se Legislativo ou Judiciário, constituiu-se em tema dos mais discutidos no âmbito da filosofia jurídica e da ciência política, sem solução possível à vista.

3.3. O caso brasileiro – o embate entre a revisão judicial e a supremacia legislativa – quem decide: o legislador ou o Supremo Tribunal Federal?

No caso brasileiro, dentre os argumentos que o Judiciário, mais precisamente o STF, apresenta para justificar a legitimidade do tribunal para o exercício da jurisdição constitucional encontra-se a ideia de se tratar de fórum pautado pelos melhores argumentos, que age com mais racionalidade, que estaria protegido contra o jogo de interesse político, diferentemente dos poderes que possuem a denominada legitimidade democrática.

Aceitar a ideia da existência de uma constante disputa por mais poder entre corte constitucional e parlamento inicialmente parece assustar, mas após a leitura de diversos julgados e a análise atenta dos argumentos trazidos nos votos dos vários ministros, essa constatação se apresenta como uma realidade possível.

Na verdade, parece evidente a existência desse embate por poder e mais poder, tanto pelo Legislativo quanto pelo Judiciário. Parece existir uma verdadeira disputa por mais espaço. Esse entendimento pode ser percebido nas palavras do Min. Gilmar Mendes em seu voto na ADI 3.510 – DF, ao afirmar que “importantes questões nas sociedades contemporâneas têm sido decididas não pelos representantes do povo reunidos no parlamento, mas pelos Tribunais Constitucionais”¹⁹³. Apesar de o Judiciário tentar se legitimar pelo uso do discurso, não se pode negar que no parlamento tem-se uma maioria qualificada. E esse discurso que rejeita a autoridade do parlamento

interpretação possível do ordenamento jurídico, proferindo a solução para o caso difícil que lhe seja submetido, fazendo uso do melhor argumento, por se tratar de juiz preparado para proferir decisões difíceis. E neste contexto, é perfeitamente compreensível e aceitável a crítica de Waldron, pois mesmo sendo o juiz Hércules uma figura idealizada, nem de longe algo como o “legislador Hércules” sequer foi imaginado pela filosofia política contemporânea.

¹⁹³ Cf. ADI 3.510 – DF. Voto do Ministro Gilmar Mendes, p. 597. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br>. Acesso em 10 de julho de 2013. (página 02 do voto do Ministro Gilmar Mendes)

é sustentado pelo Judiciário, provavelmente, com vistas à ampliação generalizada de sua competência.

A questão exige um tratamento cuidadoso, pois alguns pontos foram negligenciados e devem ser ponderados na análise concreta. Em primeiro lugar, nas questões que versam sobre interpretação constitucional, deve-se atentar para as capacidades institucionais de todos os envolvidos nesse processo, levando em consideração não somente as suas habilidades, mas também as suas limitações¹⁹⁴. Outro aspecto a considerar é que hoje, infelizmente, parece predominar a visão hegemônica que o tribunal se encontra isento de malefícios presentes no âmbito da política e, por outro lado, os próprios tribunais argumentam que o parlamento é marcado pela conjugação de tais interesses.

É claro que as opções não são somente essas duas: adotar um rigoroso controle judicial de constitucionalidade, que atribui poderes ilimitados aos tribunais e que tudo pode, ou nenhuma forma de controle. Existem várias hipóteses que merecem padrões de controle distintos.

É preciso uma reflexão sobre as consequências negativas que podem ser resultado de uma prática muito intensa do controle de constitucionalidade. Se tribunais em geral adquirem uma série de competências para a gestão de recursos públicos, definição de políticas públicas, exercícios de atividades de legislação, etc., e se os tribunais, de fato, exercem tais competências, é quase certo que isso poderá resultar em uma ampliação gigantesca dos poderes daqueles que trabalham com a atividade jurisdicional.

Nesse sentido, se o local de decisões políticas deixa de ser o parlamento e passa a ser o tribunal, é possível que tenhamos como consequência a ampliação de competência política do Judiciário. Esse efeito reflexo parece visível. É muito comum escutar a defesa do controle judicial de constitucionalidade pautada em uma visão que criminaliza a política e desdenha a capacidade do parlamento, com nítido propósito de induzir à criminalização da atividade política. Essas decisões da corte demonstram que o parlamento não é a melhor instituição porque é a maioria julgando em causa própria, de acordo com os próprios interesses.

¹⁹⁴ SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, v. 101, p. 885–951, 14 jan. 2010.

Sobre essa questão, é importante destacar que no âmbito legislativo brasileiro está tramitando uma proposta de emenda constitucional – PEC 33/2011 – que pretende “resgatar o valor da representação política, da soberania popular e da dignidade da lei aprovada pelos representantes legítimos do povo, ameaçadas pela postura ativista do Judiciário”¹⁹⁵. Justificando a necessidade de restabelecimento do equilíbrio entre os Poderes, a PEC 33/2011 busca sua fundamentação em Waldron e Tushnet:

As formas alternativas de controle de constitucionalidade têm sido debatidas e defendidas por eminentes juristas. Destacamos Jeremy Waldron e Mark Tushnet, que questionam, de forma enfática, o monopólio do Judiciário em dizer a última palavra sobre a Constituição. Para Waldron, os tribunais também tomariam decisões baseadas em regras de maioria, sendo, portanto, tão arbitrárias (no sentido de imprevisíveis) quanto aquelas determinadas pelo Legislativo, não possuindo as qualidades decorrentes da legitimidade democrática.¹⁹⁶

Mark Tushnet analisa o exercício da revisão judicial sob duas perspectivas de atuação dos órgãos jurisdicionais: o controle forte e o controle fraco de constitucionalidade das leis. O autor mostra-se contrário ao sistema de supremacia judicial e ao modelo forte de controle de constitucionalidade (*strong-form judicial review*). Ele defende um modelo fraco de controle (*weak-form judicial review*).

No modelo de controle forte deverá prevalecer o entendimento dos órgãos jurisdicionais sobre o conteúdo normativo da Constituição, sendo possível a substituição da decisão adotada pelo legislador ou pelo administrador público, quando for o caso, pelo posicionamento do julgador.

Ao contrário, a adoção do controle fraco¹⁹⁷ possibilitaria a implementação de um diálogo institucional entre os poderes do Estado. Assim, não caberia à Corte

¹⁹⁵ PEC 33/2011: Acesso em 20 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>.

¹⁹⁶ PEC 33/2011, p. 12. Acesso em 20 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=503667>.

¹⁹⁷ Tushnet defende o modelo fraco de *judicial review*, por se tratar de um sistema que viabiliza a implementação de diálogos institucionais, entre os poderes constituídos. Assim não caberia ao judiciário impor o seu juízo de forma coercitiva, mas permitindo que o legislador possa responder à decisão judicial e adotar um posicionamento que seja compatível e que faça prevalecer os direitos previstos na Constituição e o regime democrático: “In some versions the courts are directed to interpret legislation to make it consistent with constitutional norms if doing so is fairly possible according to (previous) accepted standards of statutory interpretation. In other versions the courts gain the additional power to declare status inconsistent with constitutional norms, but not to enforce such judgements coercively against a losing party. In still others, the courts can enforce the judgement coercively, but the legislature may respond by reinstating the original legislation by some means other than a cumbersome amendment

Constitucional a responsabilidade em proferir a última palavra no que diz respeito à controvérsia constitucional, mas a sua decisão seria o momento propício para que fosse instaurado o debate sobre a questão constitucional do caso concreto.

Assim, o entendimento de Tushnet é que o modelo fraco de controle possibilitaria esse mecanismo de interação entre o legislador, administrador público e o Judiciário, viabilizando “um processo de intercâmbio entre cortes e legislaturas ao longo do tempo”¹⁹⁸.

O entendimento que as coisas estão fora do eixo não é somente de representantes políticos e de estudiosos, mas também de membros do próprio Judiciário. O ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Roberto Grau, afirmou em entrevista que hoje os juízes, e também o Supremo, estão fazendo, além do controle de constitucionalidade, o controle da razoabilidade das leis:

O juiz se acha no direito de dizer “essa lei não é razoável”. O que prevalece é a opinião dele, e não a lei. O [sociólogo alemão Jürgen] Habermas disse que o grande risco é você ter uma corte que decida segundo valores, porque valores são preferências.¹⁹⁹

Com a apresentação da PEC, não resta nenhuma dúvida que essa questão, inicialmente debatida de forma mais contundente no contexto norte-americano, hoje também é uma realidade brasileira²⁰⁰. Parece incontroverso que o STF deixou de ser um legislador negativo e tem assumido, com grande frequência, o papel de legislador positivo. A justificativa, como foi vista no capítulo sobre o ativismo judicial, é a crise

process.” (TUSHNET, Mark. *Weak courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008, p. ix).

¹⁹⁸ TUSHNET, Mark. *Weak-form judicial review and core civil liberties*. Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review, v. 41, 2006, p. 03.

¹⁹⁹ GRAU, Eros Roberto. O Supremo de hoje é produto da nossa história. Le monde diplomatique. 1º de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.diplomatique.org.br>. Acesso em 10 de maio de 2013.

²⁰⁰ Sobre o assunto, o ministro do STF, Gilmar Mendes, em entrevista, afirmou que se a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que autoriza o Congresso limitar a atuação da Corte for aprovada, é melhor que se feche o tribunal: “Não há nenhuma dúvida, ela é inconstitucional do começo ao fim, de Deus ao último constituinte que assinou a Constituição. É evidente que é isso. Eles [CCJ] rasgaram a Constituição. Se um dia essa emenda vier a ser aprovada é melhor que se feche o Supremo Tribunal Federal. É disso que se cuida”. (Acesso em 25/04/2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/se-pec-33-passar-melhor-que-se-feche-o-supremo-diz-gilmar-mendes.html>).

O presidente do STF, ministro Joaquim Barbosa, também se pronunciou sobre o assunto e demonstrou sua insatisfação com a apresentação da PEC ao afirmar que: “tem quase 80 anos a tradição já consolidada de se permitir que o Supremo Tribunal Federal declare a inviabilidade jurídica de uma lei votada pelo Congresso por violação de uma cláusula constitucional. Por que alterar isso agora, em pleno século 21? Essa medida, se aprovada, fragilizará a democracia”. (Acesso em 25/04/2013. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/04/pec-que-restringe-stf-fragilizara-democracia-diz-joaquim-barbosa.html>).

de representatividade experimentada pelo Legislativo no decorrer dos últimos anos. A PEC 33/2011 parece demonstrar que o legislador está se cansando do ativismo judicial e já não quer assistir a mais capítulos dessa novela que parece interminável.

Nesse contexto, em que reina a falta de entendimento entre os poderes estatais, surge a necessidade de um debate mais amplo sobre a separação de poderes e o papel de cada uma dessas instituições.

Acredita-se que a questão deve ser pensada levando-se em consideração a atuação institucional, observando-se os limites de cada uma dessas instituições, com o objetivo de encontrar a melhor saída, aquela que faça valer o ideal democrático, pois cumprir a Constituição não pode ser e não é sinônimo de cumprir o que a Suprema Corte diz²⁰¹.

No próximo tópico será abordado o tema dos diálogos institucionais, uma possível alternativa para esse embate.

3.4 A possibilidade do diálogo institucional

Como ficou claro nos tópicos anteriores, tem-se observado uma crescente expansão do Poder Judiciário, fenômeno marcado pela mudança na forma interpretativa das normas constitucionais. Dentro desse contexto, tem sido tema de grande relevância na discussão doutrinária a imposição de limites à atuação do Poder Judiciário e, no caso brasileiro, mais especificamente, a preocupação está em limitar a atuação do Supremo Tribunal Federal que caminha, cada vez mais, no sentido de uma postura ativista que não facilita a interação entre as instituições.

Conrado Hübner Mendes²⁰² estudou, em sua recente obra, fruto de sua tese de doutorado, o debate teórico sobre a questão da legitimidade democrática do modelo de jurisdição constitucional adotado no Brasil. Em seu estudo, o autor apresenta o debate entre doutrinadores que defendem a supremacia judicial e autores que defendem a supremacia legislativa. Para equilibrar esse debate, que tende à acentuação da divergência, o autor apresenta a teoria do diálogo institucional.

²⁰¹ Expressão que demonstra a insatisfação com a atuação ativista da Suprema Corte, utilizada por Mark Tushnet na sua obra: *Weak courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008.

²⁰² MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

Diálogo institucional é uma expressão que remete a certa forma de enxergar o processo constitucional. Conrado Hübner Mendes afirma que, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, nada impede que a outra instituição possa apresentar uma resposta²⁰³ e, ao se pensar em diálogo, não faz se perder de vista a continuidade inexorável da política e a circularidade da separação de poderes²⁰⁴.

A expressão "diálogo institucional" tem sido utilizada para descrever a possibilidade de interação entre os tribunais e os poderes políticos no que diz respeito à interpretação de direitos constitucionais²⁰⁵. A ideia de diálogos institucionais enfatiza que o Judiciário não será detentor do monopólio na interpretação constitucional. Trata-se, portanto, de decisões constitucionais que devem ser produzidas por um processo de elaboração conjunta entre o Judiciário e os demais atores constitucionais. As teorias do diálogo oferecem uma forma alternativa de preencher a lacuna de legitimidade democrática, superando a dificuldade contramajoritária do Judiciário. Por esse motivo, essa teoria vem ganhando espaço principalmente no que diz respeito à discussão da legitimidade democrática associada à revisão judicial²⁰⁶.

As teorias do diálogo possuem como denominador comum a noção que não deve haver a supremacia judicial na interpretação da norma constitucional, mas que a última palavra, se houver uma última palavra, deve ser uma obra conjunta dos poderes do Estado²⁰⁷. Seria, portanto, um mecanismo que viabiliza a interação entre Legislativo e Judiciário. O diálogo é visto como um produto necessário da separação de poderes, uma

²⁰³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 183.

²⁰⁴ MENDES, Conrado Hübner Mendes. O STF no jogo da separação de poderes: tensões e ajustes. *Sociedade Brasileira de Direito Público*. Nota elaborada em 03/11/2008 por Henrique Motta Pinto e André J. Rosilho.

²⁰⁵ BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 7, pp. 1109 – 1180, 2006.

²⁰⁶ Neste contexto afirma Bateup: “Nos últimos anos, "diálogo" tornou-se uma metáfora cada vez mais onipresente dentro da teoria constitucional. Expressão comumente usada para descrever a natureza das interações entre os tribunais e as ramificações políticas do governo na área de tomada de decisão constitucional, particularmente em relação à interpretação dos direitos constitucionais. Teorias de diálogo enfatizam que o judiciário não tem nem deve ter o monopólio na interpretação constitucional. Em vez disso, quando exercem o poder de revisão judicial, os juízes se envolvem em uma conversa interativa, interligada e dialética sobre o significado constitucional. [...] Teorias de diálogo constitucional têm proliferado nos últimos tempos por causa do potencial que muitos veem nelas para resolver as preocupações de legitimidade democrática associadas à revisão judicial”. (BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 7, pp. 1109-1180, 2006. Tradução livre).

²⁰⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 106.

decorrência lógica do próprio desenho institucional, e não necessariamente consequência da disposição de qualquer dos poderes por dialogar²⁰⁸.

3.4.1 Os diálogos institucionais na concepção de Christine Bateup

Christine Bateup²⁰⁹ destaca-se dos demais estudiosos por sua análise criteriosa das teorias que tratam do diálogo entre as instituições^{210 211}. Ela sistematiza as teorias dialógicas entre teorias centradas no método judicial e teorias que privilegiam a estrutura do diálogo para, finalmente, apresentar a ideia que ela denomina “fusão dialógica”²¹².

As teorias centradas no método judicial têm como principal característica o uso consciente de certas técnicas judiciais para permitir que juízes estimulem o debate com os demais poderes sobre o significado constitucional. Neste contexto, encontram-se as seguintes teorias:

a) teorias de aconselhamento judicial

Nesta hipótese, o Poder Judiciário adota técnicas de interpretação e construção decisória com objetivo de recomendar cursos de ação para a esfera política na perspectiva de evitar problemas de inconstitucionalidade na legislação futura.

Assim, o Judiciário aponta caminhos que irão ajudar Legislativo e Executivo na elaboração da nova norma jurídica ou na alteração da norma já em vigor, com a utilização de técnicas de aconselhamento que incentivem os atores políticos a rever os estatutos e excluir as ambiguidades e imprecisões da lei, eliminando o risco da inconstitucionalidade. Com tal postura, o Judiciário não agiria nem de forma hostil nem com total deferência, seria como adotar um meio termo entre os dois extremos.

²⁰⁸ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 107.

²⁰⁹ BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 7, pp. 1109 – 1180, 2006.

²¹⁰ Sobre essa abordagem sistematizada apresentada por Christine A. Bateup, pode-se consultar também Vanice Regina Lírio do Valle, que em sua obra *Diálogos Institucionais e Ativismo*, tratou de forma aprofundada e detalhada sobre essa sistematização.

²¹¹ Também os autores Alexandre Garrido da Silva e Ruan Espíndola Ferreira abordam essa sistematização de Christine A. Bateup em artigo intitulado *Possibilidade da aplicação das teorias dialógicas no sistema brasileiro como mecanismo de fortalecimento da legitimidade democrática*, disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=33e8075e9970de0c.

²¹² VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 92.

Os seus defensores afirmam que o diálogo instituído com o aconselhamento judicial é desejável porque, por um lado, teremos a proteção dos direitos pautados por uma resposta política e, por outro, os prejuízos com a dificuldade contramajoritária seriam minimizados.

b) teorias centradas no processo

Nesta hipótese, os juízes vão avaliar se os atores políticos deliberaram adequadamente e se as suas decisões políticas afetam os valores constitucionais substantivos. Com essa forma de diálogo, o Judiciário possibilita ao Legislativo lançar um segundo olhar sobre tema que, na visão da Corte, não teria sido normatizado da melhor forma possível. Assim, caberia ao Legislativo, democraticamente eleito, o potencial de ter a palavra final.

O aspecto positivo dessa teoria dialógica seria o fato de “minimizar preocupações de legitimidade democrática, devido ao maior espaço que é criado para os ramos políticos resolverem questões substantivas de significado constitucional”²¹³.

c) minimalismo judicial

Na via contrária à atuação da Corte para defender a legislação, com o minimalismo, o posicionamento a ser adotado pelos juízes deveria ser exatamente o contrário, seria, portanto, um “não agir” no lugar de tentar coagir. Dessa forma, a participação do juiz seria consideravelmente reduzida nas questões constitucionais controversas e com isso se evitaria o retrocesso político. Além disso, uma postura menos ativa do Judiciário incentivaria o diálogo constitucional entre os poderes políticos e a sociedade, permitindo a discussão de questões constitucionais de forma mais democrática.

Um dos principais defensores da postura minimalista do Judiciário, Cass Sunstein, defende que os julgadores não devem dizer além do necessário para decidir o caso concreto, devendo adotar os acordos teóricos incompletos²¹⁴.

Christine Bateup traz algumas críticas às teorias centradas no método judicial que podem inviabilizar esse diálogo, tal como pensado inicialmente. Por exemplo,

²¹³ BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 7, pp. 1109 – 1180, 2006. Tradução livre.

²¹⁴ Para uma melhor compreensão sobre essa temática, pode-se consultar o item seguinte deste capítulo que aborda, de forma mais detalhada, o minimalismo judicial.

quando se adota uma técnica de aconselhamento judicial não se pode falar que está ocorrendo um verdadeiro diálogo entre os poderes, pelo fato de ter sido atribuída aos juízes uma capacidade especial para definir as questões mais significativas no âmbito constitucional e, conseqüentemente, por lhe atribuir uma função mais privilegiada no possível debate institucional. Outra crítica diz respeito à técnica de teorias centradas no processo, a qual nem sempre poderá ser aplicável, porque pode acontecer de o Legislativo encontrar dificuldade de rever a sua decisão proferida anteriormente, por exemplo, por falta de um novo consenso sobre aquele tema.

Em seguida, Bateup apresenta as teorias que fazem parte da estrutura do diálogo, que reconhecem a existência de mecanismos institucionais que permitem aos atores políticos responderem às decisões judiciais sempre que houver desacordos constitucionais. Assim, as teorias mais promissoras do diálogo seriam aquelas que não privilegiam as contribuições dialógicas do Judiciário.

a) teoria da construção coordenada

Com a construção coordenada, a tarefa de interpretar e dar significado ao texto constitucional é compartilhada entre tribunais e atores políticos. Dessa forma, todos se envolvem de forma interativa na interpretação da Constituição, evitando o exercício dessa função de maneira monopolizada e autoritária pelos tribunais. Com essa participação simultânea, ficaria superada a dificuldade sobre a legitimação democrática da revisão judicial, pois o Judiciário não terá sempre a palavra final sobre questões constitucionais e, conseqüentemente, não terá o poder de anular decisões dos representantes eleitos pelo povo.

b) teoria dos princípios jurídicos

Ao contrário da teoria da construção coordenada, que não prevê nenhum papel especial para o Judiciário no diálogo, a teoria dos princípios jurídicos compreende que o Judiciário possui uma função dialógica pautada, essencialmente, na sua competência relativa a princípios jurídicos. O diálogo seria instaurado em caso de erro judicial na tarefa interpretativa, quando haveria o controle pelos poderes políticos.

c) teorias do equilíbrio

Pela teoria do equilíbrio, o Judiciário não teria nenhuma capacidade institucional especial para definir as questões envolvendo direitos, mas o papel de facilitar e

promover o debate e a discussão constitucional em sociedade. Assim, seria possível incluir cidadãos como parceiros desse processo dialógico. Dessa forma, a teoria do equilíbrio “fornece uma forma alternativa de conceber o papel judicial especial no diálogo constitucional que não privilegie as contribuições judiciais”²¹⁵, uma vez que o papel dos juízes é atuar como uma das instâncias da discussão no âmbito social, de forma a se atingir o equilíbrio sobre o significado constitucional²¹⁶.

d) teoria da parceria:

É considerada outra face da teoria do equilíbrio, segundo a qual os mecanismos institucionais constituem a melhor forma para sedimentar o diálogo institucional. Assim, tanto as contribuições do Judiciário, quanto as dos demais poderes estatais relacionadas ao significado e abrangência da interpretação dos direitos previstos na Constituição devem ser consideradas no processo dialógico para resolver os possíveis desacordos no que diz respeito ao significado dos direitos²¹⁷.

Finalmente, a autora apresenta a teoria da fusão dialógica. Para Bateup, a melhor ideia de diálogo surge com a associação das teorias do equilíbrio e da parceria, de modo a possibilitar uma melhor compreensão dos aspectos institucionais e sociais de diálogo constitucional, possibilitando que diferentes atores possam participar da busca de significado constitucional. Com a fusão dialógica, o Judiciário assumiria o papel de facilitador da discussão constitucional no âmbito social, sobre os temas mais importantes do constitucionalismo²¹⁸.

Com essa perspectiva dialógica, é possível apontar dois aspectos para a interpretação dos direitos constitucionais: em primeiro lugar, auxilia na produção de melhores respostas em relação às questões constitucionais que conseguem envolver o diálogo com a sociedade coletivamente considerada; em segundo lugar, nas hipóteses de

²¹⁵ BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 7, 2006, p. 1157.

²¹⁶ Ibidem, p. 1157.

²¹⁷ Neste sentido Valle esclarece: “A combinação das duas perspectivas – a legislativa, acostumada ao estabelecimento de políticas coletivas, e a judicial, destinada precipuamente à interpretação do significado individual das disposições de direitos – seria precisamente o caminho para que o diálogo possa servir como instrumento de fortalecimento dos direitos fundamentais”. (VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 99).

²¹⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 100.

desacordos sobre direitos, com a utilização do diálogo o “resultado seria a possibilidade de se alcançar um consenso mais resistente e aceito pelos próprios cidadãos”²¹⁹.

3.4.2 Minimalismo judicial – um caminho para o diálogo entre as instituições

O minimalismo judicial é uma estratégia hermenêutica em que o juiz adota uma postura menos ambiciosa em sua decisão, dizendo apenas o necessário para resolver a situação concreta posta sob sua apreciação. Nesta hipótese, o julgador se limita à análise da situação fática, não se preocupando em abordar questões correlatas na decisão que será proferida. Isto é, ele restringe seus pronunciamentos apenas às questões tidas como indispensáveis para proferir a decisão do caso concreto, deixando questões controversas em aberto²²⁰.

Ao se pronunciar somente sobre as questões consideradas essenciais à solução do caso concreto, deixando as questões controversas sem decisão, o minimalista promove um “uso construtivo do silêncio”²²¹, viabilizando a participação tanto dos atores políticos no parlamento, quanto da sociedade civil, porque tudo aquilo “que é dito e resolvido é tão importante quanto o que é deixado de fora”²²².

Assim, ao adotar uma postura de deferência, deixando a decisão ser proferida pelas demais instituições, os minimalistas reconhecem que as instituições são compostas por homens e, tal qual a própria natureza humana, elas também possuem suas limitações, e, para chegar à melhor compreensão do texto constitucional é preciso contar com a participação de outras instituições, abrindo, dessa forma, espaço para a instauração do processo dialógico.

A postura minimalista orienta os juízes a evitar adotar regras gerais, devendo focar nos aspectos considerados indispensáveis para proferir a melhor solução possível para solucionar o caso concreto posto sob sua apreciação. Consequentemente, com essa prática, os erros judiciais tornam-se menos frequentes e menos prejudiciais²²³.

²¹⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. *Diálogos Institucionais e Ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 100.

²²⁰ SUNSTEIN, Cass. *One Case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Cambridge, Massachusetts; Harvard University Press, 1999, p. 03-23.

²²¹ *Ibidem*, p. 05.

²²² SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, pp. 79-94, set/dez. 2007, p. 87.

²²³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 120.

Ao adotar a prática minimalista, o magistrado reconhece, portanto, uma importante característica da sociedade democrática contemporânea: a possibilidade de existência de desacordos. Dessa forma, ao adotar o “acordo teórico incompleto, juízes buscam concordar com uma solução concreta sem precisar ascender no nível das razões utilizadas. Trata-se de uma técnica de redução do desacordo”²²⁴.

Em essência, quando decide adotar uma orientação minimalista no processo de tomada de decisão, muito além de o juiz reconhecer a limitação do Judiciário, ele está reconhecendo a existência de limitação em toda e qualquer instituição (quer seja Judiciário ou Legislativo) envolvida na tarefa de interpretar e dar sentido ao texto constitucional. Por outro lado, essa postura também conduz ao reconhecimento que para concretização do ideal democrático é fundamental a contribuição de cada uma das instituições no processo de interpretação e alcance das normas previstas no texto constitucional.

Uma decisão minimalista seria, portanto, uma decisão elaborada de modo circunscrito e limitado, restrita ao caso concreto; nesse contexto, não caberia ao magistrado ingressar em temas ou questões correlatas ao caso concreto em análise, mas limitar-se à situação fática posta sob sua apreciação. Com tal postura, abre-se espaço para o diálogo, possibilitando a participação de outros atores políticos²²⁵.

É exatamente essa postura minimalista que estimula a possibilidade de um diálogo entre as instituições no tocante à definição e interpretação dos direitos, uma vez que, ao julgar uma situação fática, posta sob sua apreciação, o juiz não busca elaborar uma decisão aplicável aos futuros casos que tenham alguma semelhança com o que ele está decidindo, limitando-se exclusivamente ao caso concreto, minimizando os reflexos jurídicos sobre outros casos²²⁶. Para tanto, o magistrado utiliza uma fundamentação incompleta, que, por sua vez, permite a flexibilização necessária, algo impossível de se imaginar em um julgamento teorizado de modo completo, o qual “seria incapaz de acomodar mudanças em fatos ou valores”²²⁷.

²²⁴ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 121.

²²⁵ SUNSTEIN, Cass. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*. São Paulo, pp. 79-94, set/dez. 2007, pp. 86-87.

²²⁶ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 120.

²²⁷ SUNSTEIN, Cass. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. OLIVEIRA, Elton Somensi de. (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri (SP), Manole, 2010, p. 309.

Alguns aspectos positivos dos julgamentos não completamente teorizados são apontados por Sunstein²²⁸. Em primeiro lugar, “decisões teorizadas de modo incompleto sobre princípios e casos constitucionais podem ser necessárias para a estabilidade social”²²⁹, tornando possível a vida em sociedade. Esse entendimento parte da existência de discordância social sobre inúmeras questões, pois seria difícil “obter estabilidade se as discordâncias se alastrassem em cada caso de discussão pública ou privada”²³⁰.

Em segundo lugar, as decisões não completamente teorizadas permitem, apesar dos intensos desacordos, que as pessoas possam conviver demonstrando reciprocidade, civilidade e respeito entre si, pelo fato de não precisarem discutir profundamente temas controversos.

Em terceiro lugar, tais decisões reduzem o custo político de desacordos persistentes, pois, não adotando teorias abrangentes, significa que a teoria não foi rejeitada e essa mesma teoria pode ser acolhida em decisão futura; e, finalmente, “as decisões políticas teorizadas de modo incompleto são a chave para debates sobre igualdade no Direito e na política”, pois viabilizam “abertura a novos fatos e novas perspectivas”, face às mudanças sociais, culturais ou morais²³¹.

Nessa questão de diálogo, a controvérsia também existe de forma acentuada no contexto brasileiro, mas não somente em relação à falta de diálogo entre diferentes instituições, mas também a ausência do diálogo no interior de uma mesma instituição. O ex-ministro do STF, Eros Roberto Grau²³², após sua aposentadoria, afirmou em

²²⁸ Sunstein admite que nem sempre a modéstia teórica é a melhor estratégia, pois, em algumas situações, os intérpretes do direito e da política tem informações suficientes que lhes permita agir de forma mais ambiciosa para resolver os casos que lhes são apresentados. Entretanto, o autor acredita que: “dificilmente juízes são infalíveis, e juízos teorizados de modo incompleto são uma peça importante e valiosa na vida pública e privada. Eles ajudam a tornar possíveis Constituições e o Direito constitucional; eles, inclusive, ajudam a tornar possível a vida social das pessoas. O silêncio – sobre algo que possa se mostrar falso, obtuso ou excessivamente contencioso – pode ajudar a minimizar conflitos, permitir que se aprenda com o futuro e poupar muito em tempo e despesas. O dito e resolvido pode não ser mais importante do que o omitido”. (SUNSTEIN, Cass. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. OLIVEIRA, Elton Somensi de. (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri (SP), Manole, 2010, p. 307).

²²⁹ Ibidem, p. 307.

²³⁰ Ibidem, p. 307

²³¹ SUNSTEIN, Cass. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. OLIVEIRA, Elton Somensi de. (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri (SP), Manole, 2010, p. 307.

²³² “O Supremo não é uma instituição de 11 homens, é um conjunto de 11 homens que tomam decisões isoladas, não um tribunal. Produzir decisões coletivamente, essa é a reforma que tem que ser feita. O que tem que existir é a instituição e não 11 homens. Tem que encontrar uma maneira para essas pessoas se

entrevista que é preciso repensar a forma de tomada de decisões na Corte Suprema. Segundo ele, seria importante a alteração do regimento interno da instituição, com o objetivo de se abandonar a tomada de decisão individualizada, passando-se a adotar uma construção da decisão de forma colegiada. No entendimento do ex-ministro, é preciso adotar a prática dialógica na construção das decisões do tribunal a fim de se obter, ao final de cada julgamento, uma decisão institucional coletiva do tribunal e não, tal como acontece atualmente, decisões distintas, com fundamentos distintos.

Ainda sobre o fato de o STF adotar, em seu processo de tomada de decisões, o modelo deliberativo externo, que se diferencia do modelo interno, no qual a busca pelo consenso resulta de reuniões realizadas pela Corte com o objetivo de que os votos sejam elaborados de forma conjunta pelos magistrados, o Min. Dias Toffoli entende que o Supremo segue uma tradição diferente: “existe a tradição de não se fazer reuniões prévias. Isso traz vantagens e desvantagens. A vantagem é que torna o julgamento mais transparente. Cada um leva o seu voto sem saber como votará o colega. É da tradição desta Suprema Corte”²³³. O que se pode afirmar, sem correr risco de erro, é que esse método “tradicional” de tomada de decisões pelo STF possui uma forte tendência a que sejam proferidas decisões maximalistas, que por sua vez, conduzem o tribunal a adotar uma postura marcada, essencialmente, pelo ativismo judicial.

Se por um lado, o método decisório externo, adotado pelo STF, facilita que o magistrado profira decisões maximalistas, o método deliberativo interno, por sua vez, viabiliza a construção de decisões minimalistas e acena para uma postura mais dialógica, na qual os julgadores reconhecem as limitações humanas e institucionais, descartando a adoção de uma imagem heroica^{234 235} do Judiciário. Assim, as decisões

relacionarem de modo a compor uma decisão e não 11 decisões. Só haverá uma instituição na medida em que ela, instituição, tome decisões. O que acontece é que hoje você não tem a instituição, você tem 11 juízes tomando decisões isoladas”. (GRAU, Eros Roberto. O Supremo de hoje é produto da nossa história. Le monde diplomatique. 1º de dezembro de 2010. Disponível em <http://www.diplomatique.org.br>. Acesso em 10 de maio de 2013).

²³³ TOFFOLI, José Antônio Dias. Se o juiz cuida do futuro, torna o passado instável. *Revista Consultor Jurídico*, 20 de fevereiro de 2011, pp. 02-03. Entrevista concedida a Rodrigo Haidar.

²³⁴ Ao falar em imagem heroica e idealizada dos membros e da instituição Poder Judiciário, importante lembrar as palavras do Min. Luiz Fux quando de sua posse no STF que bem retratam essa visão do juiz como um verdadeiro herói, ou até mesmo, um verdadeiro representante de Deus, ser supremo que, segundo a doutrina cristã, pode realizar todas as coisas: “Nesse mister, assemelhado às atividades sacras, cumpre ao juiz substituir o falso pelo verdadeiro, combater o farisaísmo, desmascarar a impostura, proteger os que padecem e reclamar a herança dos deserdados pela pátria”. (FUX, Luiz. Nós os juízes. *Folha de São Paulo*, Tendências / Debates, 03 de março de 2011).

proferidas como consequência do diálogo travado no interior da Corte seriam um primeiro passo para o diálogo entre instituições.

Parece que o minimalismo possui, de fato, muitas características que possibilitam uma atuação mais democrática do julgador. Mas, segundo o próprio Sunstein, seria aceitável que o magistrado proferisse uma decisão maximalista, por exemplo, quando a situação versar sobre temas que demandam um grau de previsibilidade mais aprofundado e que, paralelamente, o tribunal acumule uma maior experiência em relação ao tema sobre o qual versa a decisão ²³⁶.

Os juízes maximalistas, geralmente, são mais ambiciosos quando proferem seus julgamentos, seja reconhecendo novos direitos, seja atribuindo novos significados aos velhos direitos, pois querem “decidir, em todo caso, tudo o que pode ser decidido” ²³⁷. Nesse sentido, juízes perfeccionistas acreditam que apresentam a melhor compreensão do texto constitucional quando buscam assegurar os direitos previstos na Constituição de forma mais completa que lhes for possível ²³⁸. Ao adotar uma postura maximalista, a Corte impõe a supremacia judicial ²³⁹.

Essa ideia de proferir a melhor decisão para o caso concreto, sempre em busca da interpretação da Constituição no sentido de proteger os direitos essenciais à dignidade humana, traduz-se numa expressão bonita e comovente, mas extremamente ideal e que pode se constituir em uma promessa não tão fácil de ser concretizada.

Ao adotar uma interpretação do texto constitucional não apenas jurídica, mas, sobretudo moral, o Poder Judiciário passa a assumir o papel de melhor instituição na tarefa de estabelecer os princípios e os valores que estruturam o próprio Estado,

²³⁵ Clara da Mota Santos, em sua dissertação de mestrado, menciona, exemplificativamente, o caso do julgamento do mensalão e faz referência a esse novo patamar de popularidade do STF, marcado por uma postura heroica do magistrado: “a transmissão televisionada diária do julgamento criminal de autoridades combinada com o apelo da imprensa elevaram o Tribunal a um novo patamar de popularidade. Agora, mais do que uma Corte, o STF passou a ser a casa do ‘herói nacional’, Ministro Joaquim Barbosa uma espécie de referência moralizante da república ou a panaceia de um sistema político desacreditado”. SANTOS, Clara da Mota. *Ativismo judicial e mutação constitucional: uma proposta de reação democrática do controle difuso de constitucionalidade à tese de sua objetivação*. Brasília, 2013. Dissertação de mestrado (Programa de Pós-graduação em Direito). Universidade de Brasília, p. 54.

²³⁶ Cf. SUNSTEIN, Cass. Problems with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, 2006, pp. 1914- 1915: “None of this means that minimalism is always appropriate in constitutional cases. When the area requires a high degree of predictability, and when the Court has had a great deal of experience with the area, width might well be justified. The same conclusion follows if the Court, notwithstanding its lack of experience, has good reason for confidence in a wide ruling”.

²³⁷ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 119.

²³⁸ Neste sentido, a garantia do mínimo existencial, estudada no capítulo 1 deste trabalho, muito se aproxima dessa hipótese de interpretação maximalista do texto constitucional.

²³⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 129.

sobrepondo-se aos demais poderes estatais. Assim, com essa “pintura heroica” do Judiciário, ele se torna o verdadeiro centro de poder, viabilizando a expansão do atual protagonismo político que vem sendo exercido pelos tribunais.

3.5 Considerações gerais sobre as teorias dos diálogos institucionais apresentadas

O que se pode perceber nas diferentes teorias apresentadas até aqui é a ideia insistentemente repetida de que nem sempre é possível falar em detentor da última palavra em termos de direitos fundamentais e, caso seja a hipótese de existir uma “última palavra”, quando estiverem presentes os desacordos sobre a interpretação constitucional de direitos, não se pode falar que se trata de atribuição do Judiciário, de forma exclusiva e reiterada.

Há, portanto, uma rejeição à ideia de existência de uma última palavra e, caso assim seja possível, não se admite, com tranquilidade, que os tribunais sejam os detentores de tal atribuição, via revisão judicial ²⁴⁰.

Esse entendimento doutrinário sobre a inexistência de monopólio judicial sobre a “última palavra”, como já se poderia esperar, não é compartilhado pelo Judiciário brasileiro, mais especificamente pelo STF. Basta analisar algumas decisões para que se possa facilmente constatar que, de forma reiterada e em perfeita sintonia entre si, os ministros enfatizam em seus argumentos a ideia segundo a qual a Corte entende possuir o monopólio da última palavra em se tratando da interpretação constitucional ²⁴¹, por reconhecer o tribunal como guardião da Constituição.

²⁴⁰ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 107.

²⁴¹ Só para ilustrar, seguem alguns trechos de decisões proferidas pelos Ministros do STF, por tempo superior à última década, reconhecendo o tribunal como guardião da Constituição e, por essa razão, detentor da última palavra em matéria constitucional: “É que, como compete ao Supremo Tribunal Federal a última palavra sobre o sentido normativo das regras constitucionais, não poderia haver submissão deste Tribunal ao pronunciamento de Tribunal hierarquicamente inferior, deixando, pois, de exercer a missão precípua de Guardiã da Constituição”. (RE 599633 AgR / DF, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, j. em 02/04/2013).

“Incumbe, por isso mesmo, ao Supremo Tribunal Federal, em sua condição institucional de guarda da Constituição (o que lhe confere “o monopólio da última palavra” em matéria de interpretação constitucional), desempenhar função contramajoritária”. (AG. REg no Recurso Extraordinário / MG, Segunda Turma, Rel. Min. Marco Aurélio, j. em 16/08/2011).

“O contexto em questão, que assume papel de fundamental importância a interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função institucional de “guarda da Constituição” (CF, art. 102, “caput”) confere-lhe o monopólio da última palavra em tema de exegese das normas positivadas no texto da Lei Fundamental, como tem sido assinalado, *com particular ênfase*, pela jurisprudência desta Corte Suprema”. (AI 733387 / DF, Segunda Turma, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 16/12/2008).

Interessa registrar também que, apesar de se autointitular detentor da palavra final em termos de direitos constitucionais, o STF não consegue explicar essa sua atribuição, apenas invoca o poder constituinte para justificar sua missão heroica de defender a Carta Magna. E como aponta Juliano Zaiden Benvindo, “se ao Judiciário compete a ‘última palavra’, sobretudo porque ele se intitula o grande defensor da Constituição e das minorias, dos preceitos mais estruturais do constitucionalismo democrático, isso, ao menos, deve ser justificado por alguma razão robusta”²⁴².

A ideia do diálogo institucional remete a certa forma de enxergar o processo constitucional. Conrado Hübner Mendes afirma que, independentemente de qual instituição tenha a última palavra, nada impede que a outra instituição responda e, pensar em diálogo, não perde de vista a continuidade inexorável da política e a circularidade da separação de poderes²⁴³.

As teorias do diálogo possuem como denominador comum a noção que não deve haver a supremacia judicial na interpretação da norma constitucional, mas que a última palavra deve ser uma obra conjunta dos Poderes do Estado. Seria, portanto, um mecanismo que viabiliza a interação entre Legislativo, Judiciário, Executivo e sociedade civil. Partindo desse entendimento, o diálogo deve ser visto como uma consequência lógica da ideia de separação de poderes e, portanto, uma decorrência necessária do próprio arranjo institucional²⁴⁴.

Com as diversas teorias e posicionamentos doutrinários trazidos no presente capítulo desse estudo, fica claro que, ao se adotar a teoria do diálogo institucional, a Corte não seria a detentora da última palavra sobre as questões constitucionais e

“A interpretação do texto constitucional por ele [STF] fixada deve ser acompanhada pelos demais Tribunais. [...] Não se pode diminuir a eficácia das decisões do Supremo Tribunal Federal com a manutenção de decisões divergentes”. (RE 203.498-Agr/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 08/04/2003).

“O Supremo Tribunal Federal - que é o guardião da Constituição, por expressa delegação do Poder Constituinte - não pode renunciar ao exercício desse encargo, pois, se a Suprema Corte falhar no desempenho da gravíssima atribuição que lhe foi outorgada, a integridade do sistema político, a proteção das liberdades públicas, a estabilidade do ordenamento normativo do Estado, a segurança das relações jurídicas e a legitimidade das instituições da República restarão profundamente comprometidas. O inaceitável desprezo pela Constituição não pode converter-se em prática governamental consentida. Ao menos, enquanto houver um Poder Judiciário independente e consciente de sua alta responsabilidade política, social e jurídico-institucional”. (ADI 2010 Medida Cautelar/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 30/09/1999).

²⁴² BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (no prelo), p. 10.

²⁴³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 155.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 155.

haveria, portanto, uma interação, com possibilidade de um consenso entre o Judiciário e os poderes políticos na interpretação dos direitos previstos no texto constitucional.

A adoção desse procedimento dialógico, segundo os estudiosos do tema, possibilitaria a superação do estigma de poder contramajoritário, atribuído ao Judiciário, pelo fato de seus membros não serem eleitos pelo voto popular, tal qual acontece com os membros do Legislativo, uma vez que as decisões seriam construídas em conjunto, por meio do consenso entre os poderes. Trata-se, de certa forma, de repensar o papel e as limitações das instituições no contexto da prática da interpretação do significado constitucional e da proteção dos direitos.

Seja o que a doutrina denomina de “interlocação institucional”²⁴⁵, “colóquio contínuo”²⁴⁶, “conversa permanente”²⁴⁷ ou “diálogos constitucionais”²⁴⁸, as teorias do diálogo, em suas diversas nuances, pretendem, por um lado, amenizar a preocupação com a dificuldade contramajoritária do Judiciário e, por outro, buscam “escapar da armadilha da última palavra e defendem uma atitude teórica que rompa essa camisa de força”²⁴⁹.

A Corte precisa ter “sensibilidade para o exercício dessa tarefa mais sutil de não decidir”²⁵⁰, é preciso saber reconhecer os seus limites, deixar de lado aquela ideia de que os tribunais tudo podem para concretizar direitos, e compreender que a Constituição é uma obra muito ampla, que deve contar com a colaboração de todos os poderes do Estado na sua interpretação.

A Corte não é, portanto, a única intérprete, a única guardiã da Constituição, e sim mais um agente colaborador na missão de bem compreender o significado e alcance do texto constitucional. Tem razão Juliano Zaiden Benvindo quando afirma que apesar de se reconhecer o papel relevante do Supremo Tribunal Federal para a democracia no exercício da jurisdição constitucional, “ele não está só e tampouco pode se intitular ter a ‘última palavra’”²⁵¹.

²⁴⁵ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 106.

²⁴⁶ BICKEL, Alexander M. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, 1961, p. 26.

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

²⁴⁸ FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues*. Interpretation as Political Process. Princeton: Princeton University Press, 1988.

²⁴⁹ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 106.

²⁵⁰ *Ibidem*, p. 112.

²⁵¹ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (no prelo), p. 18.

Assim, ao se posicionar por não proferir uma decisão que estabeleça parâmetros que possam ser adotados em casos futuros, a Corte age com “sabedoria institucional”²⁵² e possibilita a construção da interação entre as instituições e a sociedade, abrindo espaço para um possível diálogo.

Dos ensinamentos de Sunstein apresentados nesse estudo, compreende-se que, nos casos de alta complexidade que dividem as opiniões da sociedade, a melhor estratégia a ser adotada pela Corte consiste em decidir o mínimo possível. Adotando essa postura, a Corte age com “sabedoria para deixar o colóquio decantar novos valores, e decidir somente quando a solução pareça uma decorrência natural desse processo”²⁵³.

A ideia de diálogo nos leva à compreensão que tribunais e parlamentos desempenham funções necessariamente distintas, todavia complementares. Mais importante do que isso é compreender que “todas as instituições são igualmente falíveis”²⁵⁴, mas que a possibilidade de interação deliberativa entre os poderes pode possibilitar o alcance de melhores respostas para os dilemas constitucionais.

Segundo Jeremy Waldron, quando houver discordância sobre direitos, é preciso que todos possam participar para a solução desse desacordo, em igualdade de condições, pois, quando alguns são excluídos desse processo de tomada de decisão, os direitos e a democracia restam comprometidos²⁵⁵.

A proposta de interação dialógica decorre da conjugação do desenho institucional e se apresenta como uma alternativa que se propõe a elevar a capacidade epistêmica da democracia por meio da interação deliberativa²⁵⁶, pois com a soma de diversas contribuições horizontais será possível, ao longo do tempo, a construção de boas respostas às demandas que envolvam interpretação de direitos.

Esse debate sobre última palavra e diálogos institucionais tanto se aproxima quanto se distancia da realidade brasileira. Pode-se falar que as instituições brasileiras

²⁵² Expressão utilizada por Conrado Hübner Mendes na obra: *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 114.

²⁵³ MENDES, Conrado Hübner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*, p. 113.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 168.

²⁵⁵ Neste sentido, Waldron afirma que: “Democracy requires that when there is disagreement in a society about a matter on which a common decision is needed, every man and woman in the society has the right to participate on equal terms in the resolution of that disagreement. (...) If some are excluded from the process, or if the process itself is unequal or inadequate, then both rights and democracy are compromised”. (WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and the Conditions of Democracy.* *The Journal of Political Philosophy* 6, no. 4 (November 8, 1998), p. 342).

²⁵⁶ WALDRON, Jeremy. *Judicial Review and the Conditions of Democracy.* *The Journal of Political Philosophy* 6, no. 4 (November 8, 1998), p. 346.

se inserem neste contexto quando fica nítido o embate entre o Judiciário e o Legislativo que, longe de caracterizar, tão somente, a idealizada separação de funções do Estado, significa um verdadeiro embate que eles travam, diuturnamente, disputando, dia após dia, uma maior parcela de poder. Mais especificamente no contexto desse estudo, esse embate é nítido no que diz respeito ao alcance e significado do texto constitucional no âmbito dos direitos fundamentais²⁵⁷. E pode-se dizer que se distancia pelo fato do contexto brasileiro parecer ainda estar muito longe de alcançar um consenso no que diz respeito à promissora ideia de um verdadeiro diálogo entre Corte e Parlamento.

3.6 Palavras finais

Após toda essa discussão aqui apresentada, não seria razoável adotar uma visão romântica e idealizada da separação e harmonia que deveria existir entre os poderes do Estado, pois é fato que o poder sempre busca atrair mais poder e, conseqüentemente, não se pode acreditar, tranquilamente, que existe uma verdadeira separação e a possibilidade de uma interação harmônica entre os poderes. É preciso não esquecer que as instituições são formadas por meio de uma relação direta entre homens e pela incessante busca por poder e “a própria natureza humana, por mais que seja canalizada em um sistema institucional de controle mútuo, é marcada por uma ambição por sempre querer mais”²⁵⁸.

Parece claro que, como afirma Cass Sunstein, a postura minimalista pode fazer sentido em alguns casos e a maximalista em outros, mas os tribunais precisam estar atentos para não ultrapassar o limite previsto para a sua atuação, até porque, em determinadas situações, é preciso ter sensibilidade e sabedoria para adotar movimentos mais cautelosos, evitando agir de forma excessiva. Além disso, é fundamental saber discernir se o momento é para falar ou para calar-se, possibilitando que as demais instituições se pronunciem.

Segundo Gilberto Bercovici, é preciso se chegar a uma ponderação, pois a

²⁵⁷ Neste sentido, podemos citar as decisões proferidas pelo Judiciário brasileiro, relacionadas à concretização de direitos essenciais, quando o ente estatal não assegurava o denominado “mínimo existencial” e a discussão alcançava a esfera judicial. Algumas decisões desse teor foram analisadas no capítulo I do presente trabalho.

²⁵⁸ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (no prelo), p. 2.

interpretação do direito constitucional não pode se tornar um monopólio do Poder Judiciário, pois não se pode esquecer que “o direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o Judiciário. Nenhuma instituição, muito menos o Judiciário, pode ter a palavra final nas questões constitucionais”²⁵⁹.

Ademais, “como é que a palavra de uma maioria de seis membros dentre o colegiado de onze ministros [...] deve possuir maior autoridade que a palavra de centenas de deputados ou senadores eleitos democraticamente pelo voto popular?”, questiona Cláudio Ladeira de Oliveira²⁶⁰.

No próximo capítulo será abordado o papel político do Judiciário na interpretação dos direitos constitucionais. Pretende-se tratar de forma mais específica sobre a atuação do Supremo Tribunal Federal, com vistas à análise de sua prática decisória no âmbito da concretização dos direitos essenciais, para que se possa refletir como tem sido a prática adotada pelo órgão de cúpula do Judiciário brasileiro na decisão de casos concretos.

A ideia central é verificar, em que medida pode-se pensar na possibilidade (ou não) de adotar o modelo de diálogos institucionais no Brasil e se isso resolveria ou amenizaria os problemas relacionados ao embate dos poderes estatais quando se trata de concretização do direito à saúde. Para tanto, será feita uma breve análise da audiência pública em saúde, convocada pelo Supremo Tribunal Federal no ano de 2009, na tentativa de adotar a teoria dos diálogos constitucionais. Também serão analisadas algumas decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal antes e depois da realização da audiência pública, com o objetivo de verificar se a sua convocação produziu efeitos na prática decisória do tribunal, com vistas à instauração da teoria dos diálogos constitucionais no direito brasileiro na esfera de concretização do direito à saúde.

²⁵⁹ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* n.º 61, São Paulo, 2004, p. 21.

²⁶⁰ OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, moderação e o minimalismo judicial de Cass Sunstein. In: *Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único, pp. 1384-1404.

Capítulo 4 - A função política do Judiciário e a possibilidade de diálogos institucionais para concretização do direito à saúde

4.1 Introdução

É muito comum a doutrina apontar a existência de uma tensão entre o direito e a política, principalmente face ao atual protagonismo do Judiciário no que diz respeito à concretização de direitos fundamentais. Entretanto, como se pode perceber, a situação ideal não seria a existência dessa tensão, mas a de uma relação necessariamente harmônica de coexistência entre a política e o direito, em decorrência da intrínseca ligação que os une. Até porque se não é razoável considerar que os problemas constitucionais sejam, exclusivamente, questões de poder, também não se pode acreditar que se trata de problemas exclusivamente jurídicos, livres de toda a ideologia política²⁶¹.

Se, por um lado, parece claro que o direito decorre da política, por outro, é inegável que se constitui em fonte de limitação do poder político. Atualmente, o direito tem estabelecido muitos limites para a política, que já não pode ser exercida sem parâmetros. Por outra via, é graças ao aparato jurídico que a política adquire legitimidade para se impor socialmente. De tal forma, “direito e política são fenômenos que não podem ser vistos separadamente, mas que exigem uma integração, uma interação de perspectivas”²⁶².

A ideia é que, em um Estado democrático, a autoridade soberana deve emanar da vontade geral e não da vontade de um pequeno grupo de juristas, uma vez que a atuação dos membros políticos permite uma maior participação popular no processo de tomada de decisões, de forma a não se ter uma multidão submissa²⁶³ ao poder da magistratura.

²⁶¹ COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação da obra de Dieter Grimm. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xii.

²⁶² *Ibidem*, p. xii.

²⁶³ Expressão utilizada por Jean Jacques Rousseau em sua obra “O Contrato Social”. ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

O direito concebido como algo exterior ao mundo da política, alheio ao jogo político e às estruturas de poder, como se fosse uma construção perfeita, não tem mais espaço no atual contexto sociopolítico. Parece claro que existe uma forte ligação entre direito e política e “não se deve sequer cogitar de extremá-los, porque são uma só e mesma coisa: a forma e a substância do único processo real de desenvolvimento de uma sociedade”²⁶⁴.

A função política pode ser definida como a atividade exercida pelos órgãos instituídos constitucionalmente, no âmbito de sua competência, tendo por objetivo preservar a sociedade política e promover o bem comum, e que busca determinar em que consiste o interesse público e quais são os meios necessários à sua implementação²⁶⁵.

Neste sentido, Leonardo André Paixão aponta as seguintes características da função política²⁶⁶: a) exercício por órgãos estabelecidos na Constituição; b) competência conferida pela Constituição para o seu exercício; c) exercício segundo procedimentos constitucionalmente indicados; d) exercício mediante opções feitas em temas fundamentais; e) exercício mediante atos materialmente conformes à Constituição; f) exercício não sujeito a prazos.

Tal qual afirmado anteriormente, o exercício da função política traduz escolhas concernentes a questões fundamentais, com vistas à persecução do bem comum. Em sociedades democráticas, essa função deve ser desempenhada por uma pluralidade de órgãos previstos, para tanto, no texto constitucional, como decorrência lógica da separação dos poderes. Seria, portanto, um chamado constitucional para que esses órgãos possam promover a vontade política constitucionalizada pelo Estado.

4.2 A função política exercida pelo Poder Judiciário – definição e características

Essa ligação entre direito e política não é novidade. Afirma Jorge Miranda que o direito constitucional também é denominado de “direito político” pelo fato de a

²⁶⁴ COELHO, Inocêncio Mártires. Apresentação da obra de Dieter Grimm: *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. xii.

²⁶⁵ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. USP, 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2007, p. 51.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 51-63.

Constituição conter normas que exprimem uma nítida ligação entre o aspecto político e jurídico da relação humana²⁶⁷.

O direito constitucional não deve ser visto em sua face unicamente técnica, mas sem dúvida, é marcado por um caráter essencialmente político, uma vez que é sua a tarefa de disciplinar a relação da Constituição com a política²⁶⁸. A própria norma constitucional, quando disciplina a estrutura do Estado, deixa revelar a sua face política devido ao fato de disciplinar e estabelecer a separação e atribuição de cada um dos poderes, disciplinar sobre os direitos humanos, regradar o comportamento dos órgãos estatais e servir de bússola à ação governamental²⁶⁹.

Também nesse sentido é o entendimento de Carlos Ayres Britto, para quem a Constituição é um código político, tanto pelo fato de emanar de um poder político, quanto em virtude de seu objeto, cuja essência é marcada pela politicidade de tudo quanto se refira à estruturação estatal²⁷⁰.

Esta “relação entre direito e política encontra-se decisivamente cunhada pela positivação do direito”²⁷¹. Com o processo de redemocratização dos países, após o período de regimes de exceção, e a aprovação de novas cartas constitucionais, ocorre a positivação de direitos fundamentais e sociais, o que leva o Judiciário a fazer parte da arena política, uma vez que foi confiada à jurisdição constitucional a proteção da vontade geral²⁷².

Em decorrência do exercício da função jurisdicional, tem-se o redimensionamento da relação entre os poderes, e o Judiciário passa a ser visto como possibilidade de concretização dos ideais constitucionais, levando à transferência do centro decisório e, ao mesmo tempo, de tensão política para os procedimentos judiciais²⁷³.

²⁶⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997, T. I, pp. 14-16.

²⁶⁸ BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, pp. 14-15.

²⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pp. 420-423.

²⁷⁰ BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 37.

²⁷¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006, p. 3.

²⁷² *Ibidem*, pp. 3-4.

²⁷³ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 149.

Durante muito tempo se discutiu se o Poder Judiciário poderia ser considerado como integrante da estrutura de poder do Estado, uma vez que o exercício da função jurisdicional era vista como uma função essencialmente técnica, por estar direcionada à situação fática, individualmente considerada, ao passo que as funções políticas, exercidas pelos demais poderes, sempre tiveram um nítido caráter coletivo, destinadas a alcançar um número indefinido de pessoas. Hoje, entretanto, essa ideia já não faz sentido, pois é facilmente perceptível que o Judiciário exerce sim funções com caráter político, demonstrando a ligação entre o direito e a política. E, fazendo parte da estrutura de poderes do Estado, ele participa, em certa medida, do exercício e da distribuição do poder político²⁷⁴.

Para Dieter Grimm, a separação entre direito e política, no que diz respeito à aplicação do direito, é uma separação institucional que “protege os órgãos da jurisdição em sua atividade aplicadora diante de qualquer influência por parte da política, particularmente, por parte dos órgãos públicos decisórios e dos partidos políticos neles atuantes”²⁷⁵. Dessa forma, conclui o mesmo autor, “o conteúdo político da aplicação do direito é inevitável e, na mesma medida, a própria justiça se constitui em um poder político”²⁷⁶.

O exercício da função política pelos tribunais constitucionais, afirma Leonardo André Paixão, contribui para direcionar a atividade dos ramos legislativo, executivo e judiciário do poder, pois quando um determinado ato for declarado inconstitucional pela Corte Constitucional, será possível não somente para o Legislativo e Executivo, mas também para o próprio Judiciário, ter uma melhor orientação no tratamento da matéria e a norma que, posteriormente, venha a ser elaborada já terá uma maior presunção de constitucionalidade²⁷⁷.

A função política tem sido definida como a função do Estado, exercida com certo grau de liberdade, com o objetivo de direcionar a atuação estatal. Canotilho a define como “um complexo de funções legislativas, regulamentares, planificadoras,

²⁷⁴ NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008, pp.157-179.

²⁷⁵ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*, p. 14.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 16.

²⁷⁷ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*, p. 79.

administrativas e militares, de natureza econômica, social, financeira e cultural, dirigidas à individualização e graduação dos fins constitucionais estabelecidos”²⁷⁸.

Segundo Leonardo André Paixão, é uma função que, independente de ser exercida pelo Legislativo, Executivo ou Judiciário, tem como traço principal o seu alcance, isto é, uma determinada função estatal será considerada função política caso tenha como finalidade estabelecer uma escolha de definição do interesse público que esteja relacionado a “temas fundamentais para a preservação do Estado ou promoção do bem comum”²⁷⁹.

É, portanto, função inconfundível com as demais, uma vez que possui atribuições distintas que não podem ser confundidas com as demais funções estatais, e, exatamente por esse motivo, não cabem “nem na legislação, nem na administração, nem na jurisdição, ficando, portanto, fora da tripartição jurídico-funcional identificada com a separação dos poderes”²⁸⁰.

Quando o magistrado se posiciona no sentido do cumprimento de determinada política pública, quase sempre essa sua decisão está limitada a um caso concreto, individualmente considerado, que revela as preferências do julgador à situação que foi posta sob sua apreciação e não diz respeito à vontade geral da maioria. E uma vontade particular não pode se sobrepor à vontade geral, determinando o direcionamento da atuação política do Estado, pois não cabe ao Judiciário realizar política, ultrapassando os limites de competência previstos na norma jurídica. É daí que surge o risco de decisões políticas serem proferidas em uma roupagem com forma de justiça²⁸¹.

É indubitável que o Poder Judiciário é fundamental no contexto político. A atual apresentação do papel do Judiciário²⁸², com nítido caráter político, é fato que tem despertado a atenção de estudiosos do direito e tem ocupado grande espaço no debate jurídico, no Brasil e no mundo. O que não se pode esquecer é que, no Brasil, nenhum poder está em patamar diferenciado em relação aos demais, logo, como possuem o mesmo grau hierárquico na esfera estatal, seria importante que eles atuassem de forma conjunta, de modo a fazer prevalecer o ideal de democracia.

²⁷⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 648.

²⁷⁹ PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*, p. 50.

²⁸⁰ DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979, pp. 184-185.

²⁸¹ GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*, p. 16.

²⁸² Vide os capítulos 1 e 2, do presente estudo, que trataram dessa postura mais ativista do Judiciário na concessão de direitos tidos por essenciais para a concretização do ideal de dignidade humana.

Mas, apesar de sua reconhecida função política e também pelo fato de o Judiciário ter se revelado, na sociedade contemporânea, como instância decisória que tem exercido grande interferência na vida política, o agir do magistrado no processo de tomada de decisão no exercício da jurisdição constitucional, sob o pretexto de concretizar a Constituição, não pode ser ilimitado, a ponto de afrontar o ideal democrático²⁸³.

No próximo tópico será estudada a atuação política do Judiciário, especificamente do Supremo Tribunal Federal, no tocante à concretização do direito à saúde, com o propósito de verificar se existe uma postura ativista ou de autocontenção do Supremo no tocante à concessão de prestações referentes ao tema da saúde.

Pretende-se analisar também, quanto às decisões proferidas sobre o tema, pelo tribunal, se houve contribuição dos debates travados durante a audiência pública de saúde, convocada pelo STF e realizada na cidade de Brasília no ano de 2009.

Para tanto, serão analisadas algumas decisões relacionadas à temática, tanto decisões proferidas em data anterior, quanto em data posterior à realização da audiência, com o propósito de verificar se os debates ocorridos na audiência pública contribuíram na formação do entendimento dos ministros do STF, apresentados, posteriormente, em seus argumentos de votos ou se a audiência foi utilizada para ratificar o posicionamento que já vinha sendo adotado pela Corte, ao longo do tempo, revelando, unicamente, em argumento de autoridade. Pretende-se, em suma, investigar se houve, de fato, espaço para a interação dialógica entre os poderes estatais e a sociedade civil, a fim de trilhar o melhor caminho para concretização do direito à saúde ou, se no exercício de sua função política, o tribunal desconsiderou a possibilidade de uma interação dialógica.

4.3 O direito à saúde no âmbito do STF – entre o ativismo judicial e a possibilidade de diálogos institucionais

A partir deste momento será analisada a postura do Supremo Tribunal Federal, no que diz respeito a algumas demandas sobre o direito à saúde que lhe foram submetidas. O ponto de partida será a análise de decisões da Presidência da Corte sobre o direito à saúde e o alcance do dever de prestação pelo ente estatal. Para tanto, será

²⁸³ BARROSO, Ricardo Cavalcante. Considerações sobre o papel criativo-político do juiz na sociedade plural. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 7, n°80, 2007, p.50-56.

utilizado como parâmetro temporal a audiência pública em saúde, realizada durante os dias 27, 28, 29 de abril e 04, 06 e 07 de maio do ano de 2009, convocada pelo então Presidente do STF, Ministro Gilmar Mendes²⁸⁴.

O estudo da atmosfera que envolveu a realização da audiência pública tem o propósito de verificar se os temas que foram objeto de discussão na audiência e as exposições realizadas por aqueles que dela participaram produziram alguma influência, a ponto de criar espaço para a instauração do diálogo entre as instituições, promovendo alterações na forma como os Ministros do Supremo vinham proferindo suas decisões sobre essa temática, ou se, ao contrário, a realização desse evento foi apenas um instrumento para justificar as decisões proferidas pela Corte, conferindo-lhes certo caráter de legitimidade, por se encontrarem respaldadas pelo posicionamento de parcela da sociedade.

4.3.1 A Audiência pública sobre saúde: uma possibilidade para a instauração dos diálogos institucionais

A convocação da audiência pública da saúde foi considerada de fundamental importância, uma vez que inúmeras ações sobre o dever estatal de concretização do direito à saúde estavam em tramitação no STF²⁸⁵.

A realização da audiência pública no Supremo Tribunal Federal foi, portanto, fruto do reconhecimento da Corte da existência de uma forte tensão entre os poderes

²⁸⁴ Será feita uma análise comparativa de decisões proferidas pelo STF, antes e após a realização da audiência pública de saúde. Dentre os autores pesquisados, essa metodologia foi adotada também por Mônia Clarissa Hennig Leal e por Jorge Baptista Canavez Júnior. Leal utiliza tal metodologia, em certa medida, em sua publicação “Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de *amicus curiae* e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde”. Canavez Júnior, de forma muito mais aprofundada que Leal, fez uso dessa metodologia comparativa em sua dissertação de mestrado, intitulada “*STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem*”, momento em que realizou ampla pesquisa sobre a judicialização da política, ativismo e o direito à saúde no âmbito do STF.

²⁸⁵ Segundo Mônia Clarissa Hennig Leal a convocação da audiência pública da saúde foi considerada “estratégica e fundamental para o julgamento de uma série de ações em tramitação no Supremo Tribunal Federal, todas questionando o dever do Estado na criação de vagas em UTI’s e em hospitais, no fornecimento de medicamentos e de tratamentos médicos, especialmente nos casos em que um único tratamento implica em montantes elevados, além de situações em que o tratamento necessário não está previsto nos protocolos do Sistema Único de Saúde – SUS”. (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, pp. 234-235).

estatais decorrentes da atuação do Judiciário, no que diz respeito à efetivação do direito à saúde ²⁸⁶. Assim, a audiência tinha por principal objetivo, segundo as palavras do Min. Gilmar Mendes, verificar os limites da atuação do Judiciário nas decisões concernentes à saúde, pois, ao mesmo tempo em que a atuação judicial se mostra fundamental para a concretização do direito à saúde, também se revela como geradora de forte tensão entre os poderes estatais.

As audiências públicas “poderão servir como instrumentos que permitirão à Corte Constitucional auscultar as convicções e interpretações da Constituição formuladas pelos magistrados do país e pelos diversos segmentos da cidadania” ²⁸⁷. Por essa razão, a audiência pública tem sido vista como um importante fator de abertura, por permitir à sociedade participar do debate constitucional, possibilitando que as decisões tomadas sejam mais democráticas e, portanto, tenham maior legitimidade ²⁸⁸.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu discurso de abertura da audiência pública, reconheceu que a judicialização do direito à saúde ganhou tamanha importância teórica e prática que envolve não apenas os gestores públicos, os profissionais do direito e da saúde, mas toda a sociedade civil. Daí a necessidade de o Supremo Tribunal Federal convocar uma audiência pública para promover debates entre juristas e especialistas sobre essa temática que tem provocado a ampliação do número de ações judiciais concernentes à saúde pública ²⁸⁹.

Nas palavras do Min. Gilmar Mendes, a ideia principal, razão de ser da convocação da audiência, consistia em ouvir “todos os pontos de vista”, seja de usuários do SUS, profissionais da saúde e juristas, com a perspectiva de alcançar “o diálogo e a

²⁸⁶ É o que fica evidente nas palavras do Ministro Gilmar Mendes no seu discurso de abertura da audiência pública da saúde: “Se, por um lado, a atuação do Poder Judiciário é fundamental para o exercício efetivo da cidadania e para a realização do direito social à saúde, por outro, as decisões judiciais têm significado um forte ponto de tensão perante os elaboradores e executores das políticas públicas, que se veem compelidos a garantir prestações de direitos sociais das mais diversas, muitas vezes contrastantes com a política estabelecida pelos governos para a área da saúde e além das possibilidades orçamentárias. A ampliação dos benefícios reconhecidos confronta-se continuamente com a higidez do sistema”. Pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes na abertura da audiência pública, pp. 1-5. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

²⁸⁷ BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed. revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 168.

²⁸⁸ LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de *amicus curiae* e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, p. 222.

²⁸⁹ Pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes na abertura da audiência pública, pp. 1-5. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

ação conjunta”, rejeitando posições extremas “que neguem completamente a ação do Poder Judiciário ou que preguem a existência de um direito subjetivo a toda e qualquer prestação de saúde”²⁹⁰, pois, quase, sempre, atender ao pedido de algumas pessoas significa negligenciar o atendimento à coletividade no âmbito da política pública adotada pelo ente estatal²⁹¹.

Vários temas foram pontuados durante os discursos proferidos na audiência, dentre os quais pode-se citar: o argumento de que o Judiciário restringe-se à execução de políticas públicas já existentes, a concessão de medicamentos não registrados na Anvisa, os tratamentos que não estão contemplados nos protocolos do SUS, entre outros.

Questão de grande importância para a análise do tema e que não foi amplamente debatida refere-se à necessidade (ou não) de registro dos fármacos na Anvisa, apesar de essa temática ter sido pontuada por alguns palestrantes durante suas exposições. Outro ponto importante que também não foi debatido de modo amplo diz respeito à solidariedade dos entes federativos na entrega da prestação pleiteada judicialmente, apesar de se tratar de tema relevante, face à reiterada alegação do ente estatal de escassez de recursos públicos, tal como foi vista nas decisões judiciais analisadas no capítulo I deste trabalho.

Contrário à ampla solidariedade dos entes da federação em matéria de saúde, o subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro apontou a necessidade de que fosse estabelecida uma ordem na atuação dos três entes federativos²⁹². Nesse sentido, deveria ser estabelecida uma divisão de competência, no âmbito do SUS, para cada ente da federação, sendo responsabilidade do Município o fornecimento de medicamentos

²⁹⁰ Pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes na abertura da audiência pública da saúde, p. 10. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

²⁹¹ Nas palavras do Min. Gilmar Mendes: “em alguns casos, satisfazer as necessidades das pessoas que estão à sua frente, que têm nome, que têm suas histórias, que têm uma doença grave, que necessitam de um tratamento específico, pode, indiretamente, sacrificar o direito de muitos outros cidadãos, anônimos, sem rosto, mas que dependem igualmente do sistema público de saúde”. Pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes na abertura da audiência pública da saúde, p. 6. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

²⁹² Afirma Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas: “O SUS também é um sistema pela imposição do princípio constitucional da eficiência. Num País de recursos escassos, num País com tanta carência de atendimento à população, é impossível cumprir os objetivos constitucionais da República dispostos no artigo 3º sem que haja alguma ordem na atuação dos três entes federativos. A atuação com sobreposições, com falhas, as determinações para que três entes forneçam ao mesmo tempo o mesmo tratamento, pois assim tem sido a maioria dos dispositivos das decisões judiciais, é inviável, do ponto de vista sistemático”. (Pronunciamento do Subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro, Rodrigo Tostes de Alencar Mascarenhas, p. 5. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013).

referentes à farmácia básica, ao Estado os medicamentos excepcionais e à União os medicamentos e tratamentos estratégicos²⁹³.

Também Luís Roberto Barroso se pronunciou sobre esse tema, ao afirmar que somente seria necessário adotar a solidariedade entre os entes estatais no fornecimento da prestação, quando houvesse dúvida razoável sobre qual ente federativo deve recair a responsabilidade²⁹⁴ e, fora dessa hipótese, não seria razoável a aplicação da ampla solidariedade.

Da análise dos pronunciamentos realizados durante a audiência pública, pode-se perceber que muitos temas não foram enfrentados como se esperava. Ficou sem definição tanto a questão da possibilidade (ou não) de fornecimento dos medicamentos não registrados pela Anvisa, quanto o tema da solidariedade na entrega das prestações de saúde.

Como se verá a seguir, na análise de algumas decisões proferidas pelo STF referentes a essa temática, às vezes, em algumas decisões, o relator faz referência ao fato de que tais questões foram objeto de debate na audiência, e o “novo entendimento” do tribunal, posterior à realização da audiência, segue, quase sempre, na linha de que tal temática foi enfrentada e definida naquele momento. O que não nos parece ter acontecido, pois, ao contrário, muitas lacunas permaneceram e não se chegou a um consenso sobre essas questões, apesar de se contar com pronunciamento de inúmeros especialistas e estudiosos dessa área.

Parece-nos que a audiência pública não atingiu o resultado esperado pela sociedade, pois muitos problemas permaneceram e as antigas lacunas continuam²⁹⁵.

²⁹³ São palavras do subprocurador-geral do Estado do Rio de Janeiro em seu pronunciamento durante a audiência pública: “o Estado do Rio pleiteia a necessidade de respeito à repartição de competências dentro do SUS. Ora, embora possa haver uma ou outra divergência entre os entes da federação, as regras são razoavelmente claras no que toca à dispensação de medicamentos, cabendo, basicamente, ao município a farmácia básica; aos Estados, os medicamentos ditos excepcionais; e à União, os medicamentos e os tratamentos estratégicos”. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

²⁹⁴ Afirma Luís Roberto Barroso: “quando na distribuição do sistema, seja clara a responsabilidade de um ente, seja por ser um medicamento relacionado ao atendimento básico, estratégico ou excepcional, quando o sistema for claro, a jurisprudência precisaria, em nome da racionalidade, da eficiência e da economia de recursos escassos estabelecer que o réu da ação vai ser a entidade estatal responsável por aquela prestação e ponto. Com isso se evitam as multiplicações de atuações administrativas. As Procuradorias dos Estados vivem assoberbadas em muitas situações que não precisariam atuar. Penso que, quando haja dúvida razoável sobre quem é responsável, aí sim, me parece natural que a jurisprudência se incline pela solidariedade”. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

²⁹⁵ No entendimento de Felipe Dutra Asensi et. al, a sociedade não foi bem representada na audiência pública, o que é facilmente perceptível pela predominância da presença da União, pois enquanto apenas dois representantes falavam em nome dos Municípios, totalizando 6% de representação, os Estados

Assim, o que se pretende investigar a seguir, com a análise das decisões proferidas tanto em momento anterior quanto em momento posterior à realização da audiência, é se houve, de fato, alteração no posicionamento que vinha sendo adotado pelo Supremo após a realização da audiência pública, uma vez que o Min. Gilmar Mendes tem feito referência à realização da audiência em seus julgados. Ou se, ao contrário, essa mudança de entendimento ainda não aconteceu e a audiência apenas serviu para reforçar o posicionamento que o STF já vinha adotando ao longo do tempo²⁹⁶ e, dessa forma, alguns argumentos estejam sendo utilizados em sentido meramente retórico.

Além disso, pretende-se também verificar se a realização da audiência pública revelou-se como instrumento capaz de viabilizar o diálogo entre as instituições, no âmbito do direito à saúde, de modo a possibilitar uma tomada de decisão conjunta, com o propósito de efetivação de direitos previstos no texto constitucional.

4.3.2 Análise de algumas decisões do Supremo Tribunal Federal

A partir deste momento, o presente trabalho vai se pautar na análise de decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal referente à temática do direito à saúde. Para tanto, foi realizada uma pesquisa no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, com a intenção de analisar a influência exercida pelas discussões promovidas durante a

membros contavam com 26%, contra 68% de representatividade da União. Dessa forma, o “objetivo de promover um diálogo entre a sociedade e o poder público perde o sentido se aqueles que falam em nome da sociedade não a representam na sua totalidade. O quão se ouviu as vozes dos atores que interessam para o tema em questão? [...] Chamou nossa atenção o fato de as regiões Norte e Nordeste estarem sendo representadas por apenas um participante, enquanto quatro especialistas representavam o Sul e o Sudeste. Esperávamos que o Norte e o Nordeste estivessem, ao menos, igualmente representados em relação às outras regiões do Brasil. A razão para tal é a de que a saúde possui seus piores índices nestas regiões, tornando de suma importância ouvi-las numa audiência que visa trazer melhorias a este direito constitucional”. (ASENSI, Felipe Dutra et al. Tornar presente quem está ausente? Uma análise da audiência pública em saúde no Judiciário. *Confluências*, vol. 14, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, dezembro de 2012, pp. 165-168).

²⁹⁶ Também nessa linha de entendimento, Mônia Clarissa Hennig Leal questiona se os argumentos trazidos nas decisões proferidas pelo STF não teriam mais um caráter retórico do que efetivo: “a contribuição das informações colhidas por ocasião da audiência pública resta evidente, pois é frequente a utilização, no voto, de referências a elementos nela colhidos como forma de justificação da decisão. O que resta saber, contudo, e até que ponto estes argumentos foram efetivamente utilizados na formação do convencimento ou se eles serviram meramente como elementos legitimadores de uma posição já previamente tomada”. (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, pp. 241-242).

audiência pública de saúde nas decisões proferidas pelo STF, de modo a tornar o diálogo entre as instituições mais frutífero.

Com este propósito, limitou-se o marco temporal entre o período de 01/01/2005 até 31/12/2013. Esse recorte temporal foi adotado levando-se em consideração a realização da audiência pública em saúde no ano de 2009, então o período de tempo utilizado na investigação contempla um período de quatro anos antes e quatro anos após a realização da referida audiência.

Face ao grande número de decisões encontradas, optou-se por examinar, exclusivamente, as decisões da presidência do STF, por se entender que tais decisões refletem o posicionamento adotado pela Corte, em seus pronunciamentos, ao longo do período examinado. Nesta perspectiva, as decisões foram escolhidas tomando por base os diferentes Ministros que assumiram a presidência da Corte ao longo dos anos, analisando-se, no mínimo, uma decisão proferida por cada um dos presidentes.

O objetivo, como já ficou delineado anteriormente, consiste em verificar se a realização da audiência pública em saúde, inaugurando a prática do diálogo entre as instituições, alterou o posicionamento do STF, quanto à linha argumentativa que vinha sendo adotada, ou se apenas foi um instrumento para aperfeiçoar o argumento de autoridade, com o propósito de legitimar o posicionamento já consagrado pela Corte.

4.3.3 A jurisprudência do STF antes da audiência pública

A partir deste momento serão analisadas algumas decisões proferidas pelo STF no período anterior a 2009, com o propósito de investigar quais argumentos prevaleciam nos votos dos Ministros quando eles proferiam suas decisões relacionadas ao direito à saúde.

a) Pedido de Suspensão de Segurança nº 3.231-3 do Rio Grande do Norte. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 31/05/2007.

Esta ação foi ajuizada pelo Estado do Rio Grande do Norte com pedido de suspensão da execução da decisão proferida no acórdão de lavra do Tribunal de Justiça daquele Estado que condenou o ente estatal ao fornecimento dos medicamentos Insulina NPH (um frasco por mês) e Insulina Regular (um frasco por mês), bem como de cento e vinte unidades de tiras reagentes para glicosímetro, cento e vinte unidades de lancetas

para lancetador e oitenta unidades de seringas de insulina à impetrante, paciente portadora de diabetes mellitus, conforme prescrição médica.

Nas suas alegações o Estado aduz: a) a inadequação da via escolhida (o mandado de segurança), por entender necessária a realização de perícia para verificar a plausibilidade da indicação médica; b) a impossibilidade de o Estado arcar com o fornecimento dos medicamentos solicitados, pois os referidos medicamentos e os outros materiais devem ser fornecidos pelas Secretarias Municipais de Saúde; c) a ocorrência de grave lesão à ordem e à economia públicas, por se tratar de medicamentos de alto custo financeiro; d) a possibilidade de ocorrência do denominado "efeito multiplicador", em razão do incremento do número de demandas judiciais desta mesma natureza.

A Ministra Ellen Gracie reconheceu tratar-se de pedido que versa sobre controvérsia de natureza constitucional, por ofender os artigos 5º, *caput*; 6º, *caput*; e 196 a 200 da Constituição da República e, portanto, a Presidência do Supremo Tribunal Federal dispõe de competência para examinar a questão sob apreço.

Ao apreciar o pedido, a Ministra Ellen Gracie entendeu que o Estado tem o dever de arcar com o tratamento e, portanto, indeferiu o pedido de suspensão de segurança apresentado pelo ente estatal, pois a segurança concedida só deveria ser suspensa na hipótese de causar verdadeiro risco de lesão aos valores públicos.

Na apreciação do mérito, a Ministra fez referência à urgência do tratamento e afirma que os medicamentos pleiteados pela requerente (Insulina NPH e Insulina Regular) fazem parte do 'Plano de Reorganização da Atenção à Hipertensão Arterial e ao Diabetes Mellitus', “que estabelece a organização da assistência, prevenção e promoção à saúde, a vinculação dos usuários à rede, a implementação de programa de educação permanente em hipertensão arterial, diabetes mellitus e demais fatores de risco para doenças cardiovasculares”.

Neste sentido, a Min. Ellen Gracie indeferiu o pedido de suspensão de segurança pleiteada pelo ente estatal face à hipossuficiência econômica da impetrante associada à necessidade de tratamento contínuo da doença crônica que a acomete e do alto custo dos medicamentos necessários²⁹⁷.

²⁹⁷ “Ademais, o diabetes é uma doença crônica, sem cura, que atinge milhões de pessoas no mundo e que exige cuidados permanentes, sem os quais o seu portador sofrerá danos irreversíveis. [...] Ressalte-se, finalmente, que a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo art. 196 da

A leitura atenta da decisão demonstra que a Ministra não apresentou explicação para o que ela entende por hipossuficiência, uma vez que em seu voto não há menção à situação financeira da impetrante nem de sua família, nem há também preocupação com a questão orçamentária do ente estatal.

Ao final, a Ministra Ellen Gracie reconheceu a competência solidária dos entes da federação ao fazer menção expressa ao fato que “a discussão em relação à competência para a execução de programas de saúde e de distribuição de medicamentos não pode se sobrepor ao direito à saúde, assegurado pelo artigo 196 da Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária”.

b) Pedido de Suspensão da Tutela Antecipada nº 138 do Rio Grande do Norte. Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado no dia 19/09/2007.

Nesta ação o Estado do Rio Grande do Norte requer a suspensão da execução da decisão que determina, em sede cautelar, o fornecimento do medicamento AVASTIN (bevacizumabe) 500 mg a paciente portador de adenocarcinoma de cólon-reto. O requerente aduz: a) a possibilidade de grave lesão à ordem pública, pois com o deferimento de "medicamentos individualmente a tal ou qual cidadão, está-se diminuindo a possibilidade de serem oferecidos à população em geral ações e serviços de saúde básicos"; b) que não pretende se esquivar do fornecimento de medicamento ao paciente, mas propõe a indicação de outros similares, contemplados na portaria do SUS; c) grave lesão à ordem econômica por causa do possível efeito multiplicador dessa decisão e por não observar a cláusula da reserva do financeiramente possível; d) apesar de o autor ter o direito de ser tratado do mal que lhe aflige, isso não significa que ele tem o direito de escolher o tratamento que deverá ser ministrado.

A Ministra Ellen Gracie reconheceu a competência da Presidência do Supremo Tribunal Federal para exame da questão, por se tratar de questão cujo fundamento jurídico é de natureza constitucional. Ela afirmou que a decisão pela concessão de suspensão de uma decisão judicial deve ser vista como algo excepcional; reconheceu que o autor não possui condições financeiras para suportar o custo do tratamento da doença e que, antes da prescrição do AVASTIN, o autor foi submetido à quimioterapia, mas não foram alcançados os resultados desejados, tendo ocorrido o avanço da doença,

Constituição da República, que obriga todas as esferas de Governo a atuarem de forma solidária. Ante o exposto, indefiro o pedido”. Ministra Ellen Gracie Presidente.

sendo esta a única medicação que surtirá efeito no tratamento do paciente. Assim, a Ministra reconheceu, de maneira fundamentada, a hipossuficiência do autor (importante notar que nesse aspecto essa decisão se diferencia daquela examinada anteriormente, também proferida pela Ministra Ellen Gracie), a responsabilidade solidária dos entes federados e acrescenta que o fármaco em questão possui registro na Anvisa, sendo comercializado no Brasil desde abril de 2007, negando provimento ao pedido de suspensão da execução.

c) Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 278-6 do Estado de Alagoas. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado no dia 22/10/2008.

O Estado de Alagoas ajuizou pedido de suspensão de antecipação de tutela recursal contra decisão proferida pelo juízo da 17ª Vara Cível de Maceió e mantida pelo Tribunal de Justiça estadual que determinou ao Estado o imediato fornecimento do medicamento MABTHERA 500mg (Rituximabe) para tratamento de Leucemia Linfocítica Crônica. Em seu pedido, o Estado alega que o medicamento não consta da Portaria do Ministério da Saúde, sendo o seu fornecimento responsabilidade do Município de Maceió; a existência de lesão à ordem, à economia e à saúde públicas, uma vez que a ação contempla medicamento cujo fornecimento cabe ao Município de Maceió.

O Ministro Gilmar Mendes reconheceu que, face à natureza constitucional da controvérsia, está comprovada a competência do Supremo Tribunal Federal para apreciar o pedido. Afirmou ainda que a suspensão da execução de ato judicial deve ser tratada de forma excepcional, somente quando houver risco de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas²⁹⁸.

No mérito, o Ministro Gilmar Mendes trouxe os seguintes fundamentos à sua decisão pelo indeferimento do pedido de suspensão de tutela antecipada: a) ele entendeu que o SUS torna a responsabilidade linear, podendo alcançar a União, os Estados, o

²⁹⁸ Na apreciação desse pedido, o Ministro Relator faz referência à atuação jurisdicional nessa seara, defendendo, em certa medida, a leitura axiológica da Constituição, por meio da concretização dos valores previstos no texto constitucional. Assim, assegurar o mínimo existencial, em matéria de saúde, significa concretizar a dignidade da pessoa humana: “[...] defensores da atuação do Poder Judiciário na concretização dos direitos sociais, em especial do direito à saúde, argumentam que tais direitos são indispensáveis para a realização da dignidade da pessoa humana. Assim, ao menos o “mínimo existencial” de cada um dos direitos, exigência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia deixar de ser objeto de apreciação judicial”. (STA nº 278-6 do Estado de Alagoas. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado no dia 22/10/2008, p. 07).

Distrito Federal e os Municípios, portanto, todos os entes federados podem ser chamados para atender à prestação, ora em litígio²⁹⁹; b) não reconheceu o risco de grave lesão à ordem pública, uma vez que o medicamento demandado possui registro na Anvisa, o que atesta a sua segurança; a paciente necessita com urgência do medicamento em questão e não tem condição de suportar o ônus financeiro do tratamento, face ao alto custo do medicamento; c) a suspensão da decisão que determina o fornecimento do medicamento poderá acarretar dano irreparável à autora; d) não consegue vislumbrar grave ofensa à ordem, à saúde, à segurança ou à economia públicas a ensejar a suspensão da tutela antecipada; e) ressalta, ainda, que a alegação de violação à separação dos Poderes não deve servir de justificativa para “a inércia do Poder Executivo em cumprir seu dever constitucional de garantia do direito à saúde (art. 196), legalmente estabelecido pelas normas que regem o Sistema Único de Saúde”.

4.3.4 A jurisprudência do STF após a audiência pública

a) Pedido de Suspensão de Tutela Antecipada nº 175 do Ceará. Relator Ministro Gilmar Mendes, julgado no dia 18/09/2009.

Trata-se de pedido de suspensão de tutela antecipada nº 175 em ação ajuizada pela União e do pedido de suspensão de tutela antecipada nº 178 ajuizado pelo Município de Fortaleza contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 5ª região que determinou à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento ZAVESCA (miglustat) a uma jovem portadora de doença neurodegenerativa grave (NIEMANN-PICK TIPO C). Inicialmente, o pedido foi ajuizado pelo Ministério Público Federal (MPF), mas foi indeferido porque o juiz da 7ª vara da seção judiciária do Estado do Ceará entendeu que o Ministério Público não tinha legitimidade para propositura da ação, pelo fato de a autora não ser menor, não podendo o MPF substituir a Defensoria Pública. O Ministério Público Federal recorreu dessa

²⁹⁹ Para justificar esse entendimento, o Min. Gilmar Mendes faz referência à decisão proferida pela Corte em julgamento anterior: “No RE 195.192-3/RS, a 2ª Turma deste Supremo Tribunal consignou o entendimento segundo o qual a responsabilidade pelas ações e serviços de saúde é da União, dos Estados e do Distrito Federal e dos Municípios. Nesse sentido, o acórdão restou assim ementado: ‘Saúde – aquisição e fornecimento de medicamentos – doença rara. Incumbe ao Estado (gênero) proporcionar meios visando a alcançar a saúde, especialmente quando envolvida criança e adolescente. O Sistema Único de Saúde torna a responsabilidade linear alcançando a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios.’ (RE 195.192-3/RS, 2ª Turma, Ministro Marco Aurélio, DJ 22.02.2000).”

decisão e a primeira turma reconheceu a sua legitimidade para a propositura da demanda, antecipando os efeitos da tutela, determinando à União, ao Estado do Ceará e ao Município de Fortaleza o fornecimento do medicamento ZAVESCA, que lhe possibilitaria tanto o aumento de sobrevida, quanto uma melhor qualidade de vida, uma vez que sua família não tinha recursos para custear o tratamento.

Inconformada, a União recorreu da decisão que concedeu a antecipação de tutela e o caso chegou ao STF. A União trouxe as alegações de: a) ilegitimidade do Ministério Público para a propositura da ação; b) ilegitimidade passiva da União; c) ocorrência de grave lesão à ordem pública, uma vez que o medicamento não possuía registro na Anvisa; d) grave lesão à economia pública, face ao custo elevado do medicamento. O Município de Fortaleza trouxe as mesmas alegações em seu pedido de Suspensão de Tutela Antecipada.

O parecer do MPF afirmava que a demora na prestação do medicamento poderia gerar prejuízo à paciente que já se encontrava fazendo uso do referido fármaco. Na decisão, o Ministro Gilmar Mendes tratou inicialmente da possibilidade de suspensão da medida judicial. Em seguida, fez menção aos direitos sociais, ao analisar o artigo 196 da Constituição Federal, que trata do direito à saúde; lembrou a necessidade de que os medicamentos pleiteados constem de registro na Anvisa. Finalmente, afirmou que não conseguia vislumbrar perigo de lesão à ordem, à economia, à segurança pública e decidiu pela improcedência do pedido de suspensão de tutela antecipada.

b) Pedido de Suspensão da Liminar nº 548 do Rio Grande do Norte. Relator Ministro Carlos Ayres Britto, julgado no dia 03/08/2012.

Nesta ação, o Estado do Rio Grande do Norte apresentou pedido de suspensão dos efeitos de decisão proferida em sede liminar, deferida nos autos do Agravo de Instrumento nº 2011.010360-9 e de acórdão prolatado na Apelação Cível nº 2009.012070-1.

O ente estatal aduz em seu pedido que o Ministério Público Estadual ajuizou ação civil pública a fim de “compeli-lo, através de sua Secretaria de Saúde, ao fornecimento gratuito e por prazo indeterminado de medicamentos excepcionais de alto custo, em prol dos portadores de doenças raras atuais e futuros”. Tanto os usuários já cadastrados ou que venham a se cadastrar teriam direito, de forma contínua, ao referido

medicamento, destinado ao tratamento de doenças previstas nos Protocolos Clínicos do Ministério da Saúde.

Com decisão contrária ao pedido estatal, tanto no primeiro quanto no segundo grau de jurisdição, foi interposto recurso extraordinário, que foi sobrestado até que o STF decidisse a matéria, sob o rito da repercussão geral.

Neste intervalo de tempo, foi requerido pelo Ministério Público Estadual o cumprimento provisório da sentença e o sequestro de verbas públicas suficientes para o cumprimento da decisão, o que foi concedido em caráter liminar pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte. Em seu pedido, o requerente aponta a ocorrência de grave lesão à ordem, saúde e economia públicas; alega que deve ser observada a solidariedade dos entes estatais no cumprimento dessa decisão, devendo o custo dessa obrigação ser compartilhado entre os demais entes da federação. Aduz também que a ordem de sequestro de verbas públicas teria caráter genérico, por não se circunscrever aos medicamentos da competência do Estado.

Em sua decisão, o Ministro Carlos Ayres Britto afirma que “o pedido de suspensão de segurança é medida excepcional prestante à salvaguarda da ordem, da saúde, da segurança e da economia públicas contra perigo de lesão”, e afirma também “estar-se diante de matéria constitucional, uma vez que as decisões impugnadas tratam dos direitos fundamentais à vida e à saúde (*caput* do art. 5º, arts. 6º e 196). Competente, assim, este Supremo Tribunal Federal para a análise do pedido de suspensão”.

No mérito, o Ministro Carlos Ayres Britto indefere o pedido do ente estatal e faz referência às alegações trazidas pelo Ministério Público Federal, quando reconhece que a responsabilidade estatal é solidária e que o sequestro de verbas públicas está limitado, unicamente, à parcela devida para o cumprimento da obrigação do Estado. Ademais, alega também que os medicamentos pleiteados são os constantes do Programa de Medicamentos de Dispensação em Caráter Excepcional, cuja aquisição é de responsabilidade do requerente. Reconhece tratar-se de pessoas comprovadamente doentes e hipossuficientes e que a interrupção do tratamento pode ocasionar danos graves e irreparáveis à saúde e à vida de uma coletividade, reconhecendo a existência do perigo de dano inverso.

c) Pedido de Suspensão da Liminar nº 710 do Estado de Santa Catarina. Relator Ministro Joaquim Barbosa, julgado no dia 05/09/2013.

Foi apresentado, pela União, pedido para suspensão de liminar em decisão que determinou ao ente estatal o fornecimento do fármaco “Trastuzumabe” (Herceptin) a todas as pacientes acometidas de câncer de mama que apresentem tumores com superexpressão do receptor HER2, no Estado de Santa Catarina.

A União alega que a decisão impugnada coloca em risco a segurança social, por modificar os protocolos de tratamento do SUS em matéria oncológica, pois somente os Centros de Alta Complexidade em Oncologia – CACON detêm o privilégio de entrega de medicamentos para o tratamento dessa doença. Alega ainda ineficiência do fármaco para o tratamento, bem como a ofensa ao princípio da igualdade, pois somente as mulheres residentes no Estado de Santa Catarina teriam acesso ao referido medicamento, que não foi escolhido na formulação da política de saúde pública às massas.

Em sua decisão, o Ministro Joaquim Barbosa indefere o pedido de suspensão da liminar ao afirmar que o direito constitucional à saúde não pode se reduzir à oferta simbólica³⁰⁰, que a decisão quanto ao tratamento a ser seguido não cabe ao Estado e sim ao paciente e à equipe médica. Entende não haver risco à saúde pública no fornecimento do medicamento e que a União não demonstrou que o custeio do medicamento poderia inviabilizar outras ações, tão ou mais eficientes na área de saúde.

4.4 Considerações gerais sobre as decisões analisadas

Após analisar algumas decisões proferidas pelo STF, no tocante ao direito à saúde, é possível constatar que os argumentos utilizados pelos Ministros nos julgamentos se repetem com certa frequência. Em relação às decisões proferidas pelo

³⁰⁰ Quanto a essa oferta simbólica, à qual faz referência o Min. Joaquim Barbosa, é oportuno lembrar que no capítulo I deste trabalho, foram apresentadas algumas decisões judiciais que fazem expressa menção ao dever estatal de garantir parcelas de direitos essenciais (saúde, educação, bem-estar, etc.). Como foi possível constatar, o entendimento que vem prevalecendo, no âmbito judicial, é que se o Estado não cumpre o seu papel de assegurar tais direitos e a demanda vai para a esfera judicial, cabe sim ao Judiciário cumprir a mandamento constitucional e assegurar aquelas parcelas consideradas “essenciais” para uma vida com dignidade, fugindo, assim, dessa oferta simbólica de direitos. É nesse contexto que se percebe, cada vez com mais intensidade, a atuação ativista dos tribunais, no propósito de assegurar aquilo que a doutrina denomina “mínimo existencial”.

Min. Gilmar Mendes, tem sido recorrente a menção, pelo Ministro, sobre a realização da audiência pública de saúde na fundamentação de seus votos³⁰¹.

Entretanto, apesar da audiência pública de saúde ter se apresentado como um momento propício para o estabelecimento do diálogo e ter reunido diversos especialistas, não se atingiu o objetivo esperado, pois em diversos temas o debate não foi aprofundado, na perspectiva de se alcançar um consenso capaz de orientar as decisões que seriam proferidas futuramente pelo tribunal. Alguns temas, apesar de pontuados pelos palestrantes, não foram objeto de debate, tal como aconteceu com a solidariedade dos entes públicos. Neste sentido, Canavez Júnior questiona qual teria sido a importância da audiência pública para o tema da saúde. Houve alteração no posicionamento apresentado pelos ministros do STF em seus votos, ou “tratou-se apenas de um reforço, de um argumento de autoridade a mais para justificar as decisões do Pretório Excelso?”³⁰²

Não obstante à existência de algumas exigências formais para se ter acesso às dependências físicas do STF ter limitado a participação de inúmeras pessoas na audiência e, além disso, o fato de as pessoas convocadas a participar da audiência não representarem a sociedade coletivamente considerada, uma vez que vários segmentos ficaram de fora das discussões³⁰³, é certo que a convocação de uma audiência pública, com a participação de vários segmentos da sociedade, é um momento oportuno para o

³⁰¹ A referência à adoção de dados colhidos na audiência pública em saúde como argumentos para justificar os votos aparece com muita frequência nas decisões proferidas pelo Ministro Gilmar Mendes, embora também possa ser encontrada essa referência em decisões de outros ministros. Veja os seguintes julgados nesse sentido, todos disponíveis no sítio eletrônico do STF: Ag. Reg. na Suspensão da Liminar 47/PE, j. em 17/03/2010; STA 421 / PE, j. em 20/04/2010; STA 424/SC, j. 20/04/2010; STA 260 /SC, j. em 20/04/2010; STA 334 /SC, j. em 16/04/2010; STA 434 / BA, j. em 16/04/2010; Suspensão de Segurança (SS) / PI, j. em 07/04/2010.

³⁰² CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. *STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem*. Rio de Janeiro, 2012. Mestrado em Direito (dissertação). Universidade Estácio de Sá (UNESA), p. 120.

³⁰³ Sobre a eficácia do diálogo promovido pelas audiências públicas, Felipe Dutra Asensi et al., assim se pronunciam: “Cabe ressaltar que, apesar da tentativa de dar maior legitimidade democrática ao processo decisório da Suprema Corte brasileira com o advento das Audiências Públicas, o ingresso nas dependências físicas do STF deve obedecer às exigências formais quanto aos trajes, o que pode restringir a participação daqueles que não teriam condições financeiras de viabilizar as vestimentas adequadas para participar das audiências [...]. A segunda restrição nas Audiências Públicas remete à possibilidade de fala dos presentes. Os convocados têm a oportunidade de exposição de seus pontos de vista, não se estendendo essa expectativa aos participantes ouvintes na plateia, assemelhando-se, portanto, mais a palestras que a diálogos ou debates argumentativos”. (ASENSI, Felipe Dutra et al. Tornar presente quem está ausente? Uma análise da audiência pública em saúde no Judiciário. *Confluências*, vol. 14, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, dezembro de 2012, pp. 146-178).

debate de um determinado tema, no caso, o direito à saúde, sendo possível contar com posicionamentos de diversos especialistas da área em discussão.

É, sem dúvida, oportunidade para cada uma das instituições envolvidas nesse processo debater, refletir sobre as próprias posturas e, possivelmente, lançar um novo olhar sobre o comportamento mais adequado a ser adotado, com a perspectiva de concretizar o ideal constitucional e respeitar a democracia e o espaço das demais instituições.

Tudo isso demonstra que, apesar de ter sido uma excelente oportunidade para se estabelecer um diálogo entre os diversos segmentos da sociedade, esse diálogo não foi profícuo, a ponto de interferir no posicionamento que vinha sendo adotado pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões, ao longo do tempo. Esse diálogo, caso fosse bem estabelecido, certamente ajudaria chegar a um melhor entendimento sobre as questões relacionadas ao patamar essencial para se viver com dignidade, estudadas no capítulo I do presente trabalho, de modo que um dos poderes estatais não interferisse, diretamente, na atuação dos demais.

A audiência pública de saúde poderia ter sido um momento oportuno para se estabelecer um diálogo entre as instituições, com o objetivo de concretizar o direito à saúde, direito essencial para uma vida com dignidade, tornando eficaz o princípio insculpido no texto constitucional de 1988.

O Ministro Gilmar Mendes menciona essa possibilidade de diálogo ao fazer referência ao discurso do professor Ingo Sarlet, proferido no dia de abertura da audiência e afirma que “casos de omissão de serviços, de falha de serviços, ou falha do sistema como um todo na sua implementação, não podem ser resolvidos apenas com uma ação, ou ação isolada de um único ente, eventualmente do Judiciário. [...] Daí a necessidade de que nós tenhamos esse diálogo”³⁰⁴. E chega a afirmar a necessidade da “existência de diálogos institucionais de concepção de serviços integrados, para que haja soluções pelo menos para aqueles casos suscetíveis de uma padronização, evitando as decisões solipsísticas”³⁰⁵.

³⁰⁴ Pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes no encerramento dos trabalhos do 1º dia, pp. 1- 4. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

³⁰⁵ Pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes no encerramento dos trabalhos do 1º dia, p. 2. Disponível em www.stf.jus.br, consulta em 27/09/2013.

Entretanto, apesar das palavras promissoras no pronunciamento do Ministro Gilmar Mendes, a audiência pública, apesar de contar com inúmeros especialistas de várias áreas, não alcançou o resultado esperado, pois não se conseguiu chegar a um consenso em diversos temas, entre os quais, pode-se citar, a título de exemplo, a questão da solidariedade dos entes da federação, quanto ao fornecimento das prestações de saúde, deixando mais essa lacuna para o Judiciário resolver, caso a caso.

É possível perceber que, em quase todas as decisões proferidas, antes ou depois da realização da audiência pública, e examinadas neste trabalho, os magistrados fazem referência à aplicação do princípio da solidariedade entre os entes estatais para o fornecimento de medicamentos para tratamento das diversas enfermidades, quase sempre rejeitando o argumento apresentado pelo ente público de escassez de recursos e risco de lesão à economia pública. É o que se vê na decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes quando afirma que “após refletir sobre as informações colhidas na Audiência Pública-Saúde e sobre a jurisprudência recente deste tribunal, é possível afirmar que, em matéria de saúde pública, a responsabilidade dos entes da Federação deve ser efetivamente solidária”³⁰⁶.

Outro aspecto importante que não foi amplamente enfrentado na audiência foi a questão relacionada à necessidade (ou não) de registros dos medicamentos na Anvisa. A dúvida sobre a possibilidade (ou não) do ente estatal fornecer medicamento que ainda não consta de registro no órgão competente já existia e parece ter permanecido, uma vez que a análise dos pronunciamentos realizados durante a audiência pública não demonstra uma conclusão a tal respeito.

A análise das decisões do STF deixa transparecer que os argumentos utilizados pelos ministros em suas decisões, tanto proferidas antes quanto depois da realização da audiência pública, praticamente se repetem, sem alteração substancial. Dessa forma, não se pode afirmar que os seus argumentos estão pautados na discussão travada durante a audiência realizada, pois, na verdade, a discussão do ponto não levou a um consenso.

Em tal contexto, a nossa percepção é que ocorreu o esvaziamento do sentido da audiência, que poderia ter sido um momento ímpar na história das instituições

³⁰⁶ Cf. decisão proferida pelo Ministro Gilmar Mendes no agravo regimental interposto contra decisão proferida na suspensão de Tutela Antecipada nº 175. Disponível em: www.stf.jus.br, consulta em 25/09/2013.

brasileiras para repensar os atos, corrigir os erros e seguir em frente, com mais confiança num futuro pautado pela legitimidade democrática.

O papel do Judiciário na efetivação de direitos essenciais é indiscutível, mas ele não pode querer fazer tudo sozinho, por não se tratar do órgão designado pela Constituição para a definição de políticas públicas. É inegável que a judicialização e o ativismo conquistaram um posto de destaque no cenário político no Brasil³⁰⁷. Também é possível constatar que apesar dos direitos essenciais estarem relacionados à ideia de dignidade (insculpida a princípio fundamental do Estado brasileiro), a sua realização depende da atuação estatal, por meio da alocação de recursos públicos e o Judiciário – e, em se tratando das decisões analisadas, o Supremo Tribunal Federal – torna esse ideal uma realidade, elevando um direito coletivo ao patamar individual³⁰⁸. Mas é preciso ter cuidado com os excessos, pois uma postura extremamente ativista é perigosa ao ideal democrático e pode gerar uma grave crise entre as instituições.

O que fica nítido com a presente análise é que surgiu o momento para o diálogo entre os Poderes e a sociedade, mas o diálogo não foi devidamente estabelecido. Nem se pode afirmar, com segurança, que o diálogo seria profícuo e que as instituições saberiam dialogar. Mas parece evidente que um diálogo institucional nessa seara poderia minimizar prejuízos ao orçamento público e, porventura, ampliar a realização de políticas públicas capazes de viabilizar a efetivação de direitos essenciais que alcancem a coletividade, tal qual o direito à saúde.

É verdade que o Supremo tem um papel importante na concretização dos direitos essenciais, especificamente nas questões ligadas à saúde analisadas no presente estudo,

³⁰⁷ O entendimento de Maurício Gentil Monteiro é que com a utilização de audiências públicas, corre-se o risco de um Judiciário com uma postura ainda mais marcada pelo ativismo: “Ocorre que o STF, como o Poder Judiciário de um modo geral, não é a arena mais apropriada para a concentração do debate político nacional. Com efeito, o risco que decorre da adoção de audiências públicas como prática institucionalizada e generalizada é o mesmo risco do ativismo judicial como um todo: o de tornar a Suprema Corte a depositária de todas as esperanças e anseios da sociedade”. (MONTEIRO, Maurício Gentil. A realização de audiências públicas e o ativismo judicial do STF – revisando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 285-300).

³⁰⁸ Também na análise de decisões judiciais feita no capítulo I, quando se estudou a garantia do mínimo existencial para concretização de direitos constitucionais essenciais, foi possível constatar que essa elevação de direitos coletivos ao patamar individual, viabilizada pelo Judiciário, tem possibilitado, segundo a doutrina estudada no referido capítulo e o próprio Judiciário, o acesso de uma parcela da população a bens e serviços devidos pelo ente estatal, como instrumento para garantia de uma vida com mais dignidade.

mas também não se pode negar que é preciso saber o momento certo para agir e também o momento de silenciar, permitindo que a outra instituição se pronuncie.

A atuação judicial não pode (e não deve) substituir os poderes constitucionalmente responsáveis pela implementação de políticas públicas. É preciso que se observe o equilíbrio entre os poderes, condição fundamental para uma democracia fortalecida, pois o excesso pode comprometer o próprio Estado democrático de Direito.

4.5 Palavras finais

O ativismo judicial, principalmente no campo das políticas públicas de saúde, vem crescendo de forma exponencial, aumentando, dia após dia, a intervenção do Judiciário, tanto no fornecimento de medicamentos quanto na realização de procedimentos cirúrgicos e tratamento médico, quase sempre justificado com o propósito de garantir o mínimo essencial para uma vida com mais dignidade. Assim, face à realidade, a judicialização do direito à saúde passou a ocupar maior espaço nas discussões, não somente entre os juristas e os poderes políticos, mas também entre os profissionais da área de saúde e a sociedade civil.

É comum a afirmação que a interferência judicial no sistema de saúde, determinando a prestação de inúmeras parcelas de saúde acarreta a transferência de parte dos recursos públicos, inicialmente destinados ao sistema de saúde pública para a efetivação de demandas individuais, pois quando a decisão judicial determina o fornecimento de um determinado medicamento ou a realização de um tratamento médico àquela pessoa que ingressou com ação judicial, certamente, inúmeros outros serviços podem ser negligenciados, face à escassez de recurso público³⁰⁹.

Essa situação fática passa a exigir a busca de um mecanismo capaz de conciliar essas situações que parecem incontornáveis. É preciso buscar um equilíbrio entre essa

³⁰⁹ “Desta postura decorrem, por sua vez, inúmeras críticas, a maioria delas dirigida no sentido de que isto implica numa usurpação de competência e na violação do princípio da separação de poderes, fazendo com que o Tribunal Constitucional se transforme em verdadeiro ‘senhor da Constituição’, convertendo-se, ele próprio, em nome da democracia, em um tirano, quando, na verdade, a sua função precípua é a de guarda da democracia”. (LEAL, Mônia Clarissa Hennig. *Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de amicus curiae e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde*. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*, pp. 240-241).

prática ativista de modo a não comprometer a execução das políticas públicas de saúde, mas, ao contrário, que permita adotar um mecanismo de troca de informações com a perspectiva de aprimorar o sistema de saúde.

A principal questão que precisa ser analisada é se o Judiciário seria a melhor instituição para determinar quais políticas públicas de saúde devem ser concretizadas. Em pesquisa realizada no sítio do Supremo Tribunal Federal foi possível perceber um aumento no deferimento dos pedidos individuais. E o fundamento adotado pelos Ministros é, quase sempre, relacionado à teoria dos valores, analisada anteriormente.

Nesse cenário, seria possível falar em diálogo entre as instituições? E, caso seja possível, em que medida, essa prática poderia contribuir para a concretização do direito à saúde?

Para Claudio Pereira de Souza Neto é preciso estabelecer a prática do diálogo entre as instituições, por entender que “o juiz contemporâneo deve, sobretudo, aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições, evitando se restringir às partes formalmente legitimadas”, pois, segundo o mesmo autor, as decisões que determinam a entrega de prestações públicas devem ter uma construção dialógica que possa envolver as instituições que se inserem no contexto em que a decisão incidirá³¹⁰.

No contexto do direito à saúde, parece que o melhor entendimento aponta para essa visão interinstitucional, por compreender que, apesar de em alguns momentos, a intervenção judicial na concretização do direito à saúde ser necessária e, até mesmo, benéfica, não se pode atribuir ao Judiciário a exclusividade nesse procedimento, por não se tratar da melhor forma de promoção da saúde pública.

Acreditamos que não defender uma postura ativista do Judiciário no tocante ao campo de concessão das prestações da saúde não significa adotar um comportamento alheio às necessidades essenciais, principalmente, da população mais vulnerável face à sua carência de recursos financeiros. Ao contrário, defender o estabelecimento de uma maior interação entre os poderes políticos e o Judiciário, privilegiando a coletividade e não o individual, certamente, em médio prazo, poderá representar a melhor e mais viável alternativa para o fortalecimento do sistema público de saúde.

³¹⁰ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento (coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 531.

Pois, não se pode esquecer que o direito à saúde tem uma dimensão coletiva que depende da aplicação de políticas públicas, capazes de fortalecer o sistema considerado em seu conjunto, não se restringindo somente à sua dimensão individualizada, com a entrega de prestações pleiteadas judicialmente.

Quando se pensa em diálogo interinstitucional adota-se uma menor idealização da capacidade das instituições, principalmente do Judiciário, uma vez que os tribunais não podem ser vistos como o intérprete, em maior escala, do processo de efetivação da Constituição. Para Sunstein e Vermeule, a questão principal não diz respeito à forma como um determinado texto deve ser interpretado, mas, ao contrário, como as instituições, com suas capacidades distintas e limitadas, devem interpretar certos textos. Além disso, ao chamar a atenção para a capacidade das instituições e seus efeitos dinâmicos, os autores sugerem a necessidade de uma “vez institucional” para pensar sobre questões interpretativas³¹¹.

Assim, quando se tem consciência da limitação da capacidade institucional, tanto do Judiciário quanto dos poderes políticos, fica mais perceptível a necessidade dessa interação, de modo que as instituições, em conjunto, possam adotar a melhor interpretação possível. O problema é que essa dimensão institucional tem sido adotada pelos tribunais apenas de forma episódica e ocasional³¹².

Perceber a necessidade de um olhar mais apurado para essa dimensão institucional parece de fundamental importância e pode indicar, no contexto do direito à saúde, em cada situação particular, qual alternativa é mais viável para promover a concretização do direito. E, para tanto, é preciso partir do pressuposto que as instituições não são perfeitas e que o Judiciário, na maioria das vezes, não representa a melhor opção.

É preciso compreender o Judiciário não como o ponto de chegada, como o detentor da última palavra, mas como uma instituição capaz de trazer contribuições para

³¹¹ Para os autores é preciso dar especial atenção à questão das capacidades institucionais, pois o debate sobre a interpretação jurídica não pode ser resolvido sensivelmente sem direcionar o olhar nesse sentido: “The central question is not ‘how, in principle, should a text be interpreted?’ The question instead is ‘how should certain institutions, with their distinctive abilities and limitations, interpret certain texts?’ (...) By drawing attention to both institutional capacities and dynamic effects, we are suggesting the need for a kind of institutional turn in thinking about interpretive issues”. (SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institution”. *Michigan Law Review*, vol. 101, nº 4, 200, p. 886).

³¹² SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institution”. *Michigan Law Review*, vol. 101, nº 4, 200, p. 887.

que se possa refletir de forma mais democrática sobre os direitos essenciais, tal qual o direito à saúde, adotando-se a prática do diálogo institucional.

A teoria dos diálogos institucionais compreende que o Judiciário não é o detentor da última palavra e vê a interação entre os centros de poder como instrumento indispensável para uma melhor gestão do sistema público de saúde e melhor proteção dos direitos. Também não se pode esquecer que a dimensão coletiva do direito à saúde deve ser efetivada por meio da execução de políticas públicas de caráter mais universais e não pela via jurisdicional, com o acolhimento das demandas judiciais individualmente consideradas.

Dessa forma, compreender a necessidade de diálogo institucional leva à menor idealização do Judiciário, pois se passa a enxergar os tribunais não como protagonistas, mas como outra categoria de intérpretes no processo de efetivação dos direitos constitucionais. Quando se adota uma postura de não idealizar a capacidade judicial, está se levando em consideração a “capacidade institucional” dos órgãos que vão proferir as decisões. Consiste, sob outro ângulo, em enxergar a necessidade de se fazer uma escolha institucional, isto é, investigar qual o melhor caminho a ser trilhado na perspectiva do que se pretende alcançar.

No campo do direito à saúde, uma escolha institucional seria aquela capaz de apontar qual o melhor caminho a ser seguido para a promoção das políticas públicas relacionadas à saúde. Não se pode compreender o Judiciário como o detentor da última palavra, pois a sua maior contribuição não viria de seu protagonismo nas demandas que versam sobre direito à saúde, mas de sua interação com os demais poderes estatais e a sociedade, no âmbito da discussão sobre políticas públicas com vistas à melhoria do sistema como um todo.

Conclusão

A concretização de direitos e a participação na vida política têm sido temas recorrentes entre os doutrinadores do direito, com o objetivo de viabilizar a construção de uma sociedade mais democrática.

Foi possível constatar, ao longo da pesquisa, que no caminho para a concretização desses direitos essenciais, impulsionado pelos argumentos da doutrina, o Judiciário brasileiro vem adotando uma postura mais ativista, marcada pelo fenômeno denominado de “judicialização da política”. Entretanto, essa atuação do Judiciário tanto vem sendo aplaudida por parte da doutrina, quanto alvo de críticas de outra parte, por violar o princípio da igualdade, privilegiando uma minoria em detrimento da efetivação do direito de uma maioria que permanece excluída.

Alguns doutrinadores brasileiros indicam, de forma clara e objetiva, até onde o Judiciário pode chegar nessa tarefa para concessão de bens e direitos, apontando o que é essencial³¹³ e o que pode ser deixado para depois. Esse posicionamento da doutrina vai refletir na postura adotada pelo magistrado, que atende pelo nome de “ativismo judicial”. Uma postura ativista não permite a interação entre as instituições para que, juntas, busquem a melhor solução para o problema.

Entretanto, apesar de reconhecer que, em determinados momentos, uma postura mais ativista do Judiciário é fundamental, com o propósito de assegurar o exercício de direitos previstos constitucionalmente e que não foram concretizados no plano político, também não se pode fechar os olhos à necessidade de imposição de limites à sua atuação, evitando os excessos, de modo a permitir que os poderes políticos também possam se manifestar.

É certo que o Judiciário deve exercer um papel político na interpretação de direitos constitucionais, mas também não se pode esquecer que a separação de poderes deve ser observada de forma a fazer prevalecer o ideal democrático. Entretanto, o ativismo judicial, principalmente no campo das políticas públicas de saúde, vem crescendo exponencialmente, demonstrando a clara intervenção do Judiciário nessa seara. Em decorrência disso, a judicialização do direito, e no caso específico desta

³¹³ No capítulo I foi possível constatar que a doutrina denomina essa parcela que deve ser concretizada pelo ente estatal e, na sua omissão, pelo Judiciário, de “mínimo existencial”.

pesquisa a judicialização do direito à saúde, passou a ocupar maior espaço nas discussões, não somente entre os juristas e os poderes políticos, mas também entre os profissionais da área de saúde e a sociedade civil.

Parece que o Judiciário brasileiro, mais especificamente o STF, segue em direção à crescente expansão de seu poder, o que tem causado forte reação dos demais poderes estatais, que questionam a sua legitimidade e o caráter democrático de suas decisões. Com uma atuação excessivamente política, o tribunal passou a enxergar a Constituição como uma “carta de valores”³¹⁴, lançando um olhar individualizado sobre as demandas, uma vez que as suas decisões não levam em consideração o ponto de vista das demais instituições democráticas.

Se de um lado estão os doutrinadores que defendem a revisão judicial, na trincheira oposta ao ativismo, encontramos doutrinadores como Jeremy Waldron, que defende a dignidade da legislação e tenta resgatar a supremacia legislativa, reconhecendo o Poder Legislativo como possuidor de maior legitimidade para a interpretação dos direitos constitucionais e que seria, portanto, o detentor da “última palavra” e não o Judiciário.

É certo que o Judiciário não pode ser omissivo e manter-se inerte face à violação de direitos, mas também não pode agir com excesso, invadindo a esfera de atuação dos poderes políticos. Partindo desse pressuposto e, entendendo que nenhuma das instituições conseguirá proferir uma decisão perfeita, sempre e em todas as situações, o presente trabalho procurou desenvolver a perspectiva da busca pelo equilíbrio, com a possibilidade de uma interação entre as instituições, por meio do diálogo institucional.

Com essa interação dialógica entre corte e parlamento é possível, a um só tempo, a reaproximação entre democracia e o sistema de *judicial review* e a cooperação entre as instituições na tarefa de interpretar a Constituição, deixando claro que o dever de dar significado ao texto constitucional deve resultar da intervenção dos diversos atores e não somente um³¹⁵.

A ideia de diálogo parte do pressuposto de que nenhuma das instituições está livre de proferir decisões injustas ou equivocadas de erro, mas leva em consideração os

³¹⁴ BENVINDO, Juliano Zaiden. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582.

³¹⁵ SUNSTEIN, Cass. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009.

limites e capacidade das instituições. Se, em determinados momentos, a postura ideal é de autocontenção, em outros é até admissível uma postura mais ativista, mas é preciso cautela institucional para não monopolizar o processo decisório, uma vez que “o direito constitucional e a interpretação constitucional são fruto de uma ação coordenada entre os poderes políticos e o Judiciário”³¹⁶.

É recorrente a afirmação que a interferência judicial na esfera da saúde pública, determinando a prestação de parcelas a serem efetivadas pelo ente estatal, gera um desequilíbrio do sistema, por alterar a alocação de recursos públicos. Nesta circunstância é pertinente o seguinte questionamento: o Judiciário tem elementos suficientes para determinar quais políticas públicas de saúde devem ser concretizadas? Seria o Judiciário o ator mais adequado para entrar em cena nesse momento?

Surge então, a necessidade de se adotar um mecanismo que possibilite a troca de informações, com o objetivo de aperfeiçoar o sistema de saúde. A judicialização da política revela a necessidade de aprofundar o diálogo institucional, pois, face à complexidade envolvida na entrega de prestações públicas, a prática do diálogo se apresenta como o caminho mais seguro. O juiz precisa “aprofundar o diálogo com a sociedade e com as demais instituições”³¹⁷.

No presente trabalho buscou-se verificar se seria possível adotar o modelo de diálogos institucionais no Brasil e, em que proporção, essa perspectiva ajudaria solucionar os problemas relacionados ao embate dos poderes estatais, quando se trata de concretização do direito à saúde. Nesse propósito, foi feita uma breve análise da audiência pública em saúde, convocada pelo Supremo Tribunal Federal em 2009, a fim de investigar se houve mudança de posicionamento do tribunal nas suas decisões futuras, no tocante ao tema.

A utilização de audiência pública tem sido vista com cautela por uns³¹⁸, e tem sido muito aplaudida pelos defensores da supremacia judicial. Nesse procedimento, com

³¹⁶ BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* n.º 61, São Paulo, 2004, p. 21.

³¹⁷ SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*, p. 531.

³¹⁸ Maurício Gentil Monteiro demonstra preocupação com a ampla utilização de audiências públicas pelo STF: “Em momento de ativismo judicial tão recente quanto intenso, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal tem exercido um protagonismo político exagerado e comprometedor do equilíbrio democrático, a realização de audiências públicas pode significar mais um capítulo desse fenômeno”. (MONTEIRO, Maurício Gentil. A realização de audiências públicas e o ativismo judicial do STF –

participação de terceiros interessados e *amicus curiae*, o Judiciário se cerca de instrumentos que poderiam lhe ajudar a superar a limitação institucional, por agregar informações que lhe auxiliam na tomada de decisões, reduzindo as dúvidas e incertezas³¹⁹.

Entretanto, como restou demonstrado, a realização de audiência pública em saúde, pelo STF, não surtiu o efeito esperado e não possibilitou a superação da limitação institucional. Não ficou demonstrado, nos posicionamentos proferidos em momento posterior à audiência, o reflexo esperado dos temas que foram objeto de intensos debates entre especialista e a sociedade civil. Infelizmente, o que se percebe no posicionamento dos julgadores é que foram mantidos argumentos parecidos com aqueles adotados anteriormente à realização da audiência, como se a audiência não tivesse acontecido.

Face à dimensão coletiva do direito à saúde, que depende da execução de políticas públicas, acredita-se que a interação entre as instituições se apresenta como um meio capaz de proporcionar o fortalecimento do sistema público de saúde, evitando-se, assim a ampla entrega de prestações individualizadas, decorrentes do pronunciamento judicial. Por outro lado, essa interação seria positiva face à noção de que as instituições têm capacidades distintas e limitadas e, ao atuar em conjunto, seria possível que uma complementasse a atuação da outra, de modo a adotar a melhor interpretação possível do texto constitucional.

As instituições não são perfeitas, os seus representantes também não o são. Por se tratar de instituições formadas por homens em uma relação direta com o poder e, sabendo que a natureza humana é marcada por uma ambição por sempre querer mais³²⁰, acredita-se que lançar um olhar interinstitucional é a melhor forma para enfrentar o problema.

revisando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. *Direitos fundamentais em construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 285-300).

³¹⁹ Segundo Damares Medina: “quanto maior a informação, menor a incerteza, e quanto menor a incerteza, maior a segurança no processo de tomada de decisão. Essa formulação coloca no centro da reflexão o papel das informações no processo de decisão”. (MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da Corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010, p. 157).

³²⁰ BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (no prelo), p. 2.

Dessa forma, no âmbito de concretização do direito à saúde, o Judiciário não estaria com a última palavra, mas seria apenas mais uma palavra, que certamente poderá contribuir de maneira eficaz para o melhoramento do sistema. Por ser composto de seres humanos, o Judiciário, assim como as demais instituições, também não pode ser considerada a melhor opção, o detentor da última palavra. Aqui não se defende uma última palavra, mas a ideia da construção conjunta de uma decisão, que certamente, terá potencial para ser a melhor decisão.

Acreditamos na possibilidade da adoção dos diálogos no contexto do direito à saúde, mas sem idealismos, porque dialogar não é fácil e nem sempre do diálogo se chega a um resultado satisfatório, que seja fruto de um consenso. Mas, sem dúvida, é uma ferramenta que precisa ser bem utilizada para que, então, seja possível avaliar os seus efeitos no sistema de saúde pública, a fim de aprimorá-lo, de modo a concretizar o ideal constitucional.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva, São Paulo: Malheiros, 2008.

ALMEIDA, Fábio Portela L. de. Os Princípios Constitucionais entre Deontologia e Axiologia: Pressupostos para uma Teoria Hermenêutica Democrática. *Revista Direito GV*, v. 4, n. 2, p. 493–516, jul-dez. 2008.

AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez & Escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ARISTÓTELES. *A Política*. São Paulo: Hemus, 2005.

ARRUDA JR., Edmundo Lima de; GONÇALVES, Marcus Fabiano. *Fundamentação ética e hermenêutica: alternativas para o direito*. Florianópolis: CESUSC, 2002.

_____. Globalização, direitos humanos e desenvolvimento (sociologia jurídica da eficácia do direito). In: ARRUDA JR, Edmundo Lima de; BARBOSA, Leila Carioni (Org.). *Direitos humanos e desenvolvimento*. Florianópolis: OAB/SC, 2005. pp. 09-45.

ARRUDA, José Robson de Andrade. *A Revolução Industrial*. 3ª. ed.; São Paulo: Ática, 1994.

ASENSI, Felipe Dutra et. al. Tornar presente quem está ausente? Uma análise da audiência pública em saúde no Judiciário. *Confluências*, vol. 14, n. 1. Niterói: PPGSD-UFF, dezembro de 2012, pp. 146-178.

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. *Mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós -1964*. Brasília: Câmara dos Deputados, Edições Câmara, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. 2ª ed. ampl. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. O Mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. *Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo*. Disponível em: http://www.oab.org.br/editora/revista/revista_11. Acesso em 06 de janeiro de 2013.

_____. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, 3ª edição.

_____. Vinte anos da Constituição brasileira de 1988: o Estado a que chegamos. *Revista de Direito do Estado* 10:25, p. 25-66.

_____. *Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática*. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista>. Acesso em 16 de junho de 2012.

BARROSO, Ricardo Cavalcante. Considerações sobre o papel criativo-político do juiz na sociedade plural. *Revista Fórum Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum. Ano 7, nº80, 2007, p.50-56.

BATEUP, Christine A. The Dialogic Promise: Assessing the Normative Potential of Theories of Constitutional Dialogue. *Brooklin Law Review*, v. 7, pp. 1109 – 1180, 2006.

BENVINDO, Juliano Zaiden. A “Última Palavra”, o Poder e a História: o Supremo Tribunal Federal e o Discurso de Supremacia no Constitucionalismo Brasileiro. *Revista de Informação Legislativa* (no prelo).

_____. *On The limits of Constitutional Adjudication. Deconstructing Balancing and Judicial Activism*. Berlim: Springer, 2010.

_____. Ativismo Judicial no Supremo Tribunal Federal: Um Debate sobre os Limites da Racionalidade. In: GUERRA, Luiz. (Org.). *Temas Contemporâneos do Direito: Homenagem ao Bicentenário do Supremo Tribunal Federal*. Brasília: Guerra Editora, 2011, v. 1, p. 560-582.

_____. *Racionalidade jurídica e validade normativa: da metafísica à reflexão democrática*. Belo Horizonte: Argvmentvm, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

_____. Constituição e política: uma relação difícil. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política* n.º 61, São Paulo, 2004.

BICKEL, Alexander M. Foreword: The Passive Virtues. *Harvard Law Review*, Vol. 75, 1961.

BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 2ª ed., revista e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no pensamento de Emanuel Kant*. 2ª edição, tradução: Alfredo Fait. São Paulo: Mandarim, 2000.

_____. *Estudos sobre Hegel: direito, sociedade civil, Estado*. (Tradução: Luiz Sérgio Henriques e Carlos Nelson Coutinho). 2ª ed. São Paulo: Editora da Universidade Estadual Paulista: Brasiliense, 1995.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Ciência Política*. 6ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.

BONETI, Lindomar Wessler. *Políticas públicas por dentro*. Ijuí: Unijuí, 2007.

BRITO, José de Souza e. Jurisdição constitucional e princípio democrático. In *Legitimidade e legitimação da justiça constitucional: Colóquio no 10º aniversário do tribunal constitucional*. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Política, sistema jurídico e decisão judicial*. São Paulo: Max Limonad, 2002.

_____. *O direito na sociedade complexa*. São Paulo: Max Limonad, 2000.

CANAVEZ JÚNIOR, Jorge Baptista. *STF e o direito fundamental à saúde: judicialização, ativismo e bricolagem*. Rio de Janeiro, 2012. Mestrado em Direito (dissertação). Universidade Estácio de Sá (UNESA).

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. *Direito Constitucional*. 5ª. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?* Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1993.

_____. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: Fabris, 1984.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. *Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem*. Revista de Sociologia e Política, 23, 2004.

CARVALHO NETTO, Menelick. A hermenêutica constitucional e os desafios postos aos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio L. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

CASTRO, Marcus Faro de. *Formas Jurídicas e Mudança Social: interações entre o direito, a filosofia, a política e a economia*. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Jurisdição, Economia e Mudança Social. *Revista da EMARF*, Cadernos Temáticos, Rio de Janeiro, p.143-173, dez 2010.

_____. Violência, medo e confiança: do governo misto à separação dos poderes. *Revista Forense*: Rio de Janeiro, v. 382, 2005, p. 157-180.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da Política, Constitucionalismo Democrático e Separação de Poderes, In: *A Democracia e os Três Poderes no Brasil*. Organizador: Luiz Werneck Vianna. Belo Horizonte, Editora UFMG; Rio de Janeiro: IUPERJ/FAPERJ, 2002.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. *Atividade legislativa do poder executivo no estado contemporâneo e na Constituição de 1988*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano II, n. 8, jul./set. 2003, p. 158.

COELHO, Inocêncio Mártires. Elementos de teoria da Constituição e de interpretação constitucional. In: MENDES et al. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, pp. 15-102, 2002.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. Processo constitucional e a efetividade dos direitos fundamentais. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Org.); CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza (Coord.). *Hermenêutica e jurisdição constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Controle das Omissões do Poder Público*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008.

DEUTSCH, Karl. *Política e Governo*. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1979.

DROMI, Roberto. *El poder judicial*. 4. ed. Buenos Aires: Argentina, 1996.

DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Trad. Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

_____. *O Império do Direito*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. *O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. Tradução de Marcelo B. Cipolla. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ELY, John Hart. *Democracy and Distrust*. Cambridge: Harvard University Press, 2002.

FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: o Poder Judiciário em face dos novos movimentos sociais*. 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

_____. O modelo liberal de direito e Estado. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e Justiça: a função social do judiciário*. São Paulo: Ática, 1994.

FEREJOHN, John e PASQUINO, Pasquale. Tribunais constitucionais como instituições deliberativas. In: BIGONHA, A. C. MOREIRA, L. *Limites do controle de constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? *Revista USP*. São Paulo, nº 21. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/revistausp/n21/numero21.html>. Acesso em 18 de dezembro de 2013.

FISHER, Louis. *Constitutional Dialogues. Interpretation as Political Process*. Princeton: Princeton University Press, 1988.

FURLAN, Fabiano Ferreira. *O debate entre John Rawls e Jürgen Habermas sobre a concepção de justiça*. Belo Horizonte, Arraes Editores, 2012.

GALINDO, Bruno. *Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional*. Curitiba: Juruá, 2006.

GARCIA, Emerson. O direito à educação e suas perspectivas de efetividade. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro, Lumen juris, 2004, pp.149-198.

GARGARELLA, Roberto. *As teorias da justiça depois de Rawls: um breve manual de filosofia política*. Tradução Alonso Reis Freire. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

GRAU, Eros Roberto. O Supremo de hoje é produto de nossa história. *Le monde diplomatique Brasil*. São Paulo, Ano 4, nº 41, pp. 14-15, dez, 2010. Entrevista a Silvio Caccia Bava.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GUERRA, Sidney & EMERIQUE, Lilian Márcia Balmant. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Mínimo Existencial. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, Ano VII, nº 9, dezembro de 2006, pp. 379-398.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, volume I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Direito e Democracia: entre facticidade e validade*, v.2, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

_____. *Inclusão do Outro: Estudos de Teoria Política*. Trad. George Sperber; Paulo Astor Soethe. São Paulo: Loyola, 2002.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HIEBERT, Janet L. Charter conflicts: what is Parliament's role? Montreal: *McGill-Queen's University Press*, 2002.

HIRSCHL, Ran. *Towards Juristocracy*. Cambridge: Harvard University Press, 2007.

KANT, Emmanuel. *Crítica da Razão Pura*. Rio de Janeiro, Ediouro, 1998.

_____. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

KELSEN, Hans. *Teoria Geral do Direito e do Estado*. Tradução de Luiz Carlos Borges. 3ª Ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

KRELL, Andreas Joachim. Realização dos Direitos Fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos. *Revista Direitos e Deveres*, nº 5, jul.-dez./1999, p. 133-171.

LEAL, Mônia Clarissa Hennig. Ativismo judicial e participação democrática: a audiência pública como espécie de *amicus curiae* e de abertura da jurisdição constitucional – a experiência do Supremo Tribunal Federal brasileiro na audiência pública da saúde. In: LEAL, Rogério Gesta; LEAL, Mônia Clarissa Hennig (Orgs.). *Ativismo judicial e déficits democráticos: algumas experiências latino-americanas e europeias*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

LINARES, Sebastián. *La (i)legitimidad democrática Del control de las leyes*. Madrid: Marcial Pons, 2008.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Trad. Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Ariel, 1986.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Divergência jurisprudencial e súmula vinculante*. 3ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MARSHALL, William P. Conservatism and the seven sins of judicial activism. *Univerity of Colorado Law Review*, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *Brasil Livre: proposta de revisão constitucional*. Porto Alegre: Ortiz. Instituto de Estudos Empresariais, 1993.

MAUS, Ingeborg Maus em Judiciário como superego da sociedade – o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, nº 58, Nov, 2000.

_____. *O Direito e a Política: teoria da democracia*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MEDINA, Damares. *Amicus Curiae: amigo da Corte ou da parte?* São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos fundamentais, separação de poderes e deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MENDONÇA, Ana Maria Ávila. *O campo dos direitos sociais*. In: III Jornada Internacional de Políticas Públicas, 2007, São Luis. *Questão Social e Desenvolvimento no Século XXI*, 2007, v. 1.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra editora, 1997. t. I.

MONTEIRO, Maurício Gentil. A realização de audiências públicas e o ativismo judicial do STF – revisando a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. In: BERTOLDI, Márcia Rodrigues; OLIVEIRA, Kátia Cristine Santos de. *Direitos fundamentais em*

construção: estudos em homenagem ao Ministro Carlos Ayres Britto. Belo Horizonte: Fórum, 2010, pp. 285-300.

MONTESQUIEU. *O Espírito das Leis*: as formas de governo: a divisão dos poderes. Introdução, tradução e notas de Pedro Vieira Mota. São Paulo: Saraiva, 1992.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2009.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.) *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NUNES JÚNIOR, Armandino Teixeira. A Constituição de 1988 e a judicialização da política no Brasil. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília: Senado Federal. Subsecretaria de Edições Técnicas, pp.157-179, 2008.

OLIVEIRA, Cláudio Ladeira de. Ativismo judicial, moderação e o minimalismo judicial de Cass Sunstein. In: *Anais do XVI Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2007. v. único, pp. 1384-1404.

OLIVEIRA, Nythamar Fernandes de. *Justiça global e democratização segundo John Rawls*. São Leopoldo: Unisinos, 2002, pp. 39-57, v. 3, n. 5.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos Fundamentais Sociais – Efetividade Frente à Reserva do Possível*. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

PAIXÃO, Leonardo André. *A função política do Supremo Tribunal Federal*. USP, 2007. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de São Paulo, 2007.

PIÇARRA, Nuno. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo para o estudo das suas origens e evolução. Coimbra: Coimbra Editora, 1989.

PINTO, Taís Caroline e ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo Judicial: Uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 4ª Ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PLATÃO. *As Leis*. São Paulo: Edipro, 2010, Livro V.

PINHEIRO, Maria Cláudia Bucchianeri. A Constituição de Weimar e os direitos fundamentais sociais: a preponderância da Constituição da República Alemã de 1919 na

inauguração do constitucionalismo social, à luz da Constituição mexicana de 1917. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1192, 6 out. 2006. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/9014>>. Acesso em: 16 jun. 2012.

PINTO, Taís Caroline e ZANATA, Mariana Lobo. *Ativismo Judicial: Uma análise crítica da judicialização da política como instrumento democrático de concretização dos direitos fundamentais*. Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos>. Acesso em 20 de fevereiro de 2013.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo Judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*. Trad. Jussara Simões São Paulo: Martins Fontes, 2008.

_____. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Tradução de Cláudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *O Liberalismo Político*. 2ª edição. Tradução: Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Ática, 2000.

RIBEIRO, Gustavo Moulin. A cidadania jurídica e a concretização da justiça. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos direitos humanos*. 2. ed. revista e ampliada. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 321-383.

ROACH, Kent. Dialogue or defiance: Legislative reversals of Supreme Court decisions in Canada and the United States. *International Journal of Constitutional Law*, v.4, n. 2, pp. 347-370, Apr 2006.

_____. *The Supreme Court on Trial: Judicial Activism or Democratic Dialogue*. Toronto: Irwin Law, 2001.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *O Contrato Social*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Discurso de legitimidade da jurisdição constitucional e as mudanças legais do regime de constitucionalidade no Brasil. In: SARMENTO, Daniel (org.). *O controle de constitucionalidade e a Lei nº 9.868/99*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____. (Org.). *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SANTIAGO, Alfonso; ÁLVAREZ, Fernando (Coord.). *Función política de la corte suprema*. Bueno Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

SANTOS, Adão Clóvis Martins dos. *Justiça e Política: homenagem a Otfried Höffe*. Nythamar Fernandes de Oliveira. Draiton Gonzaga de Souza (Orgs.). Porto Alegre: ed. EDIPUCRS, 2003.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Para uma revolução democrática da justiça*. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. Introdução à sociologia da administração da justiça. In: FARIA, José Eduardo (Org.). *Direito e justiça: a função social do judiciário*. 2ª edição. São Paulo: Ática, 1994.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 7ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2009.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed., rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Porto Alegre, ano 1, n. 1, out./dez. 2007. p. 184.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

SARMENTO, Daniel. Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e os Direitos Fundamentais*. Coordenador: José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. pp. 251-314.

SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. *Interesse Público*, Porto Alegre, ano 7, n. 32, p. 213-226, jul./ago. 2005.

SILVA, Cecília de Almeida. *Diálogos institucionais e ativismo*. Curitiba: Juruá, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 32ª Edição, Malheiros, São Paulo: 2009.

SIQUEIRA, Júlio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição de retrocesso social. *Revista do tribunal de contas do Estado de Minas Gerais*, julho/agosto/setembro 2010. V. 76, n. 3, ano XXVIII.

SMITH, Stephen F. Taking lessons from the left? Judicial activism on the right. *The Georgetown Journal of Law and Public Policy*, nº 58, p. 56-80, 2002-2003.

SOARES, Mário Lúcio Quintão. Processo Constitucional: Democracia e Direitos Fundamentais. In: *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. (Coord.) José Adércio Leite Sampaio. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, pp. 405-422.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: Claudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento (Coords). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2008.

STERN, Klaus. *Derecho del Estado de la Republica Federal Alemania*. Trad. Javier Pérez Royo e Pedro Cruz Villalón. [s.l.]: Centro de Estudios Constitucionales, 1987.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, Lenio Luiz *et. al.* Ulisses e o canto das sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um “terceiro turno da constituinte”. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. Disponível em: <<http://www.rechtd.unisinos.br/pdf/84.pdf>>. Acesso em 13 de fevereiro de 2013.

SUNSTEIN, Cass; VERMEULE, Adrian. “Interpretation and Institution”. *Michigan Law Review*, vol 101, nº 4, 2003.

SUNSTEIN, Cass. The Minimalism Constitution. In: BALKIN, J. e SIEGEL, R. (Editores). *The Constitution in 2020*. New York: Oxford University Press, 2009, p. 37.

_____. *A Constituição Parcial*. Trad. Manassés Teixeira Martins e Rafael Triginelli. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Decisões políticas teorizadas de modo incompleto no direito constitucional. In: TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. OLIVEIRA, Elton Somensi de. (Org.). *Correntes contemporâneas do pensamento jurídico*. Barueri (SP), Manole, 2010, pp.294 - 317.

_____. Acordos constitucionais sem teorias constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, pp.79-94, set/dez 2007.

_____. Problem with minimalism. *Stanford Law Review*, v. 58, 2006, pp. 1899-1918.

_____. *A Constitution of Many Minds: why the founding document doesn't mean what it meant before*. Princeton, New Jersey: Princeton University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass. *Radical in robes: why extremy right-wing Courts are wrong for America*. New York: Basic Books, 2005.

_____. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Harvard: University Press, 2001.

TATE, C. e VALLINDER, T. The Global Expansion of Judicial Power. *New York University Press*, New York, 1997, pp. 01-37.

TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2008.

TEIXEIRA, José Horácio Meirelles. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Forense, 1991.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TUSHNET, Mark. Weak-form judicial review and 'core' civil liberties. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, v. 41, pp. 01-22, 2006.

_____. *Weak courts, Strong Rights: judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*. Princeton University Press, 2008.

TUSHNET, Mark. *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press, 1999.

UNGER, Roberto Mangabeira. *O direito e o futuro da democracia*. Trad. Caio Farah Rodriguez, Marcio Soares Grandchamp. São Paulo: Boitempo, 2004.

VALLE V. L. (Org.). *Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal: laboratório de análise jurisprudencial do STF*. Curitiba: Juruá, 2009.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, 2001.

VILHENA, Oscar. Supremocracia. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, a. 3, n. 12, p. 55-75, out.-dez. 2008.

VITÓRIO, Teodolinda Batista Cândido da Silva. *O Ativismo judicial como instrumento de concreção dos direitos fundamentais no Estado democrático de direito - uma leitura à luz do pensamento de Ronald Dworkin*. Belo Horizonte, 2011. Tese de doutorado (Programa de Pós-graduação em Direito Público) Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. Tradução Luis Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*. Vol. 115, 2006, p. 1347-1406, p. 1353. Tradução livre.

_____. *Law and Disagreement*. Oxford University Press, 1999.

_____. Judicial Review and the Conditions of Democracy.” *The Journal of Political Philosophy* 6, no. 4 (November 8, 1998), pp. 335–355.

WERLE, Denilson Luis. *Justiça e Democracia: ensaios sobre John Rawls e Jürgen Habermas*. São Paulo: Esfera Pública, 2008.

ZANETTI, José Carlos Trinca. *A concretização constitucional, o ativismo judicial e a tutela coletiva*. Ribeirão Preto, 2010. Mestrado em Direito (dissertação). Universidade de Ribeirão Preto (UNAERP). 2010.