

Cadernos Jurídicos

Ano 22 - Número 58 - Abril/Junho de 2021

Direito Administrativo



Escola Paulista da Magistratura
São Paulo, 2021

O conceito da democracia tal como desenvolvido pela Justiça Constitucional

Marcelo Figueiredo¹
Advogado e consultor jurídico

Palavras-chave: Democracia – Judicialização – Supremo Tribunal Federal.

Keywords: Democracy – Rule of Law – Judicialization – Federal Supreme Court.

O tema *O conceito de democracia tal como desenvolvido pela Justiça Constitucional* será abordado na concepção da América Latina e, em especial, do Brasil, meu país de origem.

Não resta a menor dúvida que a democracia pode ser compreendida em vários sentidos. Não vamos nos preocupar em conceituá-la ou em trazer teorias jurídicas, políticas ou sociológicas sobre seu alcance e valor.²

Partimos do pressuposto que a Democracia traz, essencialmente, um valor *positivo*. A Democracia, em suas várias formas e dimensões, todos sabemos, é a única forma aceitável de governo. Ninguém mais duvida hoje – salvo os tiranos – que todos os homens são livres e iguais, sem senhores, e que devem ter a oportunidade de participar dos governos de seus países.³

É sabido que só há democracia “autêntica” ou aceitável quando o povo, suporte do poder político, está habilitado a exercê-lo diretamente ou indiretamente mediante representação. Da Grécia Antiga aos dias atuais, a ideia e o conceito passaram por inúmeras mutações e adaptações.

A estrada da “democracia” e da “república” foi pontilhada de altos e baixos, como nos lembra Robert Dahl.⁴ Dos vários tipos de assembleia para decidir a respeito dos vários problemas da cidade, da vila ou do povoado, passamos ao Parlamento.

¹ Professor Associado de Direito Constitucional nos cursos de graduação e pós-graduação da PUC-SP, faculdade em que também foi Diretor do curso de Direito (gestões de 2005-2009-2013). É Presidente da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas (ABCD), seção brasileira do Instituto Ibero-Americano de Direito Constitucional, com sede no México, e Vice-Presidente da Associação Internacional de Direito Constitucional (IACL-AIDC). É, ainda, Professor Visitante de diversas Universidades na América do Sul e Europa.

² Sobre o tema, consultar: SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Madrid: Editora Gedisa, 1996.

³ O Índice de Percepção da Corrupção 2018 (IPC), divulgado pela Transparência Internacional, revela que o fracasso contínuo da maioria dos países em controlar significativamente a corrupção está contribuindo para uma crise da democracia em todo o mundo. A análise, cruzada com os dados da democracia mundial, revela uma ligação entre corrupção e saúde das democracias. Democracias plenas marcaram, em média, 75 pontos no IPC; democracias falhas obtiveram uma pontuação média de 49; regimes híbridos - que tem elementos de tendências autocráticas - pontuaram 35; e os regimes autocráticos tiveram as piores pontuações, com média de apenas 30 pontos no IPC. O Brasil perdeu dois pontos desde o ano passado, atingindo a pontuação 35, o que também implicou sua menor pontuação no IPC em sete anos. Juntamente com as promessas de acabar com a corrupção, o novo presidente do país deixou claro que governará com uma mão forte, ameaçando muitos dos marcos democráticos alcançados pelo país.

⁴ DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001: “Os governos populares desapareceram entre os povos estabelecidos por milhares de anos. No entanto, eles foram substituídos por monarquias, despotismos, aristocracias ou oligarquias, todos com base em alguma forma de categorização ou hierarquia [...]. Embora a república romana tenha durado consideravelmente mais tempo do que a democracia ateniense e mais tempo do que qualquer democracia moderna durou até hoje, por volta de 130 A.C., ela começou a enfraquecer pela inquietude civil, pela militarização, pela guerra, pela corrupção e por um decréscimo no espírito cívico que existira entre os cidadãos. O que restava das práticas republicanas autênticas terminou perecendo com a ditadura de Júlio César. Depois de seu assassinato em 44 A.C., uma república outrora governada por seus cidadãos, tornou-se um império comandado por imperadores” (p. 18,24).

A democracia política não foi instituída para tornar legítimas todas as pretensões do Poder. Ela não era um fim em si mesma na sua concepção primitiva, mas um meio cujo fim era o de *limitar* o campo de ação dos governantes.

Passamos pela noção de soberania individual (Rousseau) a noção de soberania da Nação (artigo 3º da Declaração de Direitos do Homem de 1789). Igualmente lembramos Locke, que apresenta sua teoria da separação de poderes e seus pilares, a igualdade dos homens, o contrato social e a lei como garantia da segurança e da propriedade privada.

Caberá ao Estado, nessa perspectiva, elaborar leis, através de seu Poder Legislativo, providenciar juízes imparciais para dirimir conflitos concretos de acordo com as leis estabelecidas, bem como providenciar um Poder Executivo capaz de garantir a execução das decisões proferidas pelos magistrados.

Locke confere, ao poder de fazer as leis, considerável proeminência sobre os demais.

Já, Montesquieu, embora não aceite a ideia de contrato social, nem a igualdade natural dos homens, enfatiza que a edição e a execução das leis devem ser confiadas a órgãos e pessoas diferentes. Os juízes deveriam ser apenas a boca que pronuncia a palavra da lei.

Lembramos George Burdeau, para quem a vontade autêntica do povo é a dos homens – na oficina, nos campos, nos escritórios ou na rua – então, é aí que é necessário conquistá-la para, em seguida, a impor aos poderes públicos. Por consequência, a democracia governante é uma *democracia de luta*.

Hoje temos conceitos e princípios mais modernos para considerar um Estado como “Democrático”. Giuseppe de Vergottini,⁵ por exemplo, alude a: a) instituições estáveis que assegurem a democracia; b) respeito e proteção as minorias; c) economia de mercado; d) respeito aos direitos do Homem e as liberdades fundamentais; e) igualdade de direitos e autodeterminação dos povos; f) Estado de Direito; g) segurança jurídica etc.

Na América Latina,⁶ por outro lado, trabalhamos com o conceito de *Estado Democrático de Direito*. Este, somente pode ser assim qualificado se tivermos, no mínimo, alguns elementos, a saber:

- a) Princípio da constitucionalidade, que exprime, em primeiro lugar, que o Estado Democrático de Direito se funda na legitimidade de uma Constituição rígida, emanada da vontade popular, que, dotada de supremacia, vincule todos os poderes e os atos deles provenientes, com as garantias de atuação livre da jurisdição constitucional;
- b) Princípio democrático que, nos termos de cada Constituição, há de constituir uma democracia representativa e participativa, pluralista, e que seja a garantia geral da vigência dos direitos fundamentais;
- c) Sistema de direitos fundamentais individuais, coletivos, sociais e culturais;
- d) Princípio da justiça social, como princípio da ordem econômica e da ordem social para a realização da democracia social, cultural e econômica;
- e) Princípio da igualdade;
- f) Princípio da legalidade;
- g) Princípio da segurança jurídica.

⁵ VERGOTTINI, Giuseppe. Transitions-Constitutionnelles et Consolidation de la Démocratie dans les Ordonnements D'Europe Centre-Orientale. In: MILACIC, Slododan et al. *Mélanges en L'Honneur de Slododan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*. Bruxelles: Bruylant, 2007.

⁶ Especialmente no Brasil.

Não temos nenhuma dúvida em afirmar que um dos principais problemas do constitucionalismo latino-americano reside exatamente na consolidação da democracia.^{7,8}

Jorge Reinaldo Vanossi⁹, um experiente constitucionalista argentino, destaca:

o Estado de Direito é o Estado Constitucional, que não é outra coisa que o tipo de Estado baseado na democracia e no pluralismo, que supõe: soberania popular, criação do direito por intervenção ou representação dos governados, predomínio do consenso sobre a coerção na gestão das decisões políticas fundamentais, separação e distribuição de poderes, limitação e controle do poder, independência do controlante em relação ao controlado, liberdades individuais e direitos sociais, pluralismo de partidos e de ideias e de grupos de interesses, possibilidade permanente de alternância e acesso ao poder, responsabilidade dos governantes, regime de garantias e relativização de dogmas oficiais. (VANOSSI, 1987)

Fala-se muito, na América Latina, em *democracia social*, o que implica necessariamente em uma melhor qualidade de vida do povo, em mais democracia social, justiça social e em um Estado de bem-estar social.¹⁰

⁷ Além, evidentemente, do combate ao desemprego involuntário e uma repartição mais justa da riqueza e da renda, o combate à violência e a exclusão social.

⁸ Para que a democracia não defina e possa crescer, a América Latina precisa trabalhar incansavelmente para que as instituições democráticas, das legislaturas às autoridades locais, sejam transparentes, prestem contas dos seus atos e desenvolvam as aptidões e capacidades necessárias para desempenhar suas funções fundamentais. Isso significa que será preciso assegurar que o poder, em todos os níveis de governo, seja estruturado e distribuído de tal forma que dê voz e participação real aos excluídos. Além disso, ele deve proporcionar mecanismos pelos quais os poderosos, sejam eles líderes políticos, empresários ou outros atores, fiquem obrigados a prestar contas de suas ações. Nesse caminho não há atalhos: consolidar a democracia é um processo, não um ato isolado. Fazer, porém, com que as instituições públicas tenham um desempenho efetivo é apenas uma parte do desafio. Além disso, é preciso demonstrar aos cidadãos que os governos democráticos estão cuidando dos problemas que verdadeiramente preocupam os povos, que são capazes de responder a essas indagações e que estão sujeitos ao efetivo controle da cidadania quando não o fazem. Na prática, o desafio implica também na construção de instituições legislativas e jurídicas capazes de proteger os direitos humanos e de gerar espaço para um debate político vigoroso e pacífico. Ele inclui o desenvolvimento de uma força policial capaz de garantir ruas e fronteiras seguras; um poder descentralizado, Prólogo do Administrador do PNUD 15 para que a população de cada localidade possa mobilizar-se para garantir escolas com professores capacitados e hospitais com equipamentos e medicamentos apropriados; uma florescente sociedade civil e uma imprensa livre. O desafio implica, ainda, que todos esses atores tenham plena participação na consolidação da democracia e estejam na vanguarda da luta contra a corrupção e a má administração de governos e empresas. Os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) das Nações Unidas – que vão de reduzir à metade a pobreza extrema e a fome até assegurar que, no ano 2015, todas as meninas e meninos frequentem escolas – oferecem um instrumento para ajudar a atender a essas questões no nível nacional e regional. Num sentido muito real, os ODM constituem o primeiro manifesto global para mulheres e homens, meninas e meninos de todo o mundo: um conjunto de questões concretas, mensuráveis e enunciadas sinteticamente, de forma que qualquer um possa compreendê-las e honrá-las. Como parte de um pacto global entre países ricos e pobres, em face do compromisso assumido pelo mundo desenvolvido de apoiar os países em desenvolvimento que levam a cabo reformas de boa-fé, os ODM oferecem uma oportunidade real para canalizar o apoio externo em termos de acesso a mercados, alívio da dívida e maior assistência, de que tantos países latino-americanos necessitam desesperadamente para impulsionar seus próprios esforços. Se a América Latina e o mundo aproveitarem esta oportunidade, existirá, então, possibilidade de se construir um novo círculo virtuoso, por meio do qual o crescimento econômico renovado dê impulso aos ODM e ajude simultaneamente a construir e sustentar democracias mais efetivas e capazes de acelerar um progresso social e econômico equitativo. Para fazer dessa visão uma realidade, será preciso, porém, que os latino-americanos, e especialmente os líderes em todas as esferas, enfrentem decididamente as questões críticas que afetam a governabilidade democrática, e que possam assegurar que o desenvolvimento e a democracia continuem sendo entendidos, não como alternativas, mas como dois lados da mesma moeda. Vide: PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *A democracia na América Latina*: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs. Nova York: ONU, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nsUzbp>. Acesso em: 20 jul. 2019.

⁹ VANOSSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editora Eudeba, 1987.

¹⁰ Sobre o tema vide: FIGUEIREDO, Marcelo. Balance y Perspectivas del Constitucionalismo Social en Latino América. In: ASTUDILLO, César; CARPIZO, Jorge (orgs.). *Constitucionalismo*. Dos Siglos de Su Nacimiento en América Latina. Cidade do México: Editora UNAM, 2013. p. 393-411.

Vide também: FIGUEIREDO, Marcelo. O Constitucionalismo Contemporâneo – Uma Visão Latino-Americana. Homenagem ao Professor Héctor Fix-Zamúdio. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 17, n. 94, p. 161, 2015.

A ideia básica é a seguinte: a democracia social impulsiona uma forma de desenvolvimento humano. Este, de acordo com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), é “o aumento das opções para que as pessoas possam melhorar sua vida” (PNUD, 2004, p. 18).

É, segundo Amartya Sen, o desenvolvimento humano, um processo de expansão das liberdades reais as quais goza um povo.

A maioria dos constitucionalistas latino-americanos converge para a ideia de que o Estado Social de Direito e a Democracia são conceitos inseparáveis. Ambos exigem a participação política concreta, a discussão pública dos problemas populares e das políticas públicas, o respeito à Constituição e aos direitos fundamentais do Homem. Bem como exigem uma imprensa livre e investigadora e uma separação efetiva de poderes, com cada um deles exercendo com independência e harmonia suas funções.

Neste cenário, aparece com notável importância à *jurisdição constitucional*.

Aliás, não é por acaso que os governos autoritários e liberais não toleram a independência do Poder Judiciário e tentam enfraquecê-lo ou dobrá-lo às suas necessidades totalitárias.

Foi assim em diversos momentos da história latino-americana na maioria dos países de nossa região, especialmente no período de 1960 a 1980, e, em alguns casos pontuais, lamentavelmente até hoje encontramos esse fenômeno.

Passemos diretamente ao tema da judicialização na América Latina e o papel reservado à jurisdição constitucional.

A judicialização de problemas cotidianos na América Latina é uma realidade inconteste, por vários motivos: em função da própria estrutura das Constituições (compromissórias) na região – analíticas¹¹ e programáticas; em razão da crise de representatividade do Poder Legislativo nos regimes presidencialistas; pela grande abertura do espaço para que inúmeros problemas possam ser levados ao Judiciário; em razão da pressão popular e social para que a justiça resolva questões do cotidiano.

O modelo tripartite clássico de separação de poderes evoluiu na busca de um almejado equilíbrio entre as tradicionais expressões de poder político. Tradicionalmente, a divisão de poderes assinalava distintas funções de maneira preponderante a determinados órgãos do Estado, e, depois, por razões eminentemente práticas, se permitia algum tipo de combinações, mas sempre com predomínio de um poder sobre o outro.

De algumas décadas até hoje, os órgãos do poder que exercem essas três funções tiveram que ceder espaços de construção normativa a outros órgãos. Alguns exemplos podem aclarar nosso pensamento.

A maioria dos países latino-americanos recebeu influências do direito administrativo francês nos séculos XIX e XX. Posteriormente, desde os anos 80, vivemos a incorporação do direito administrativo norte-americano, como na criação de agências reguladoras. Estas agências geraram uma mudança central na concepção das autonomias decisórias e políticas. O mesmo ocorre com os bancos centrais, com a regulação da economia, da energia, das telecomunicações etc.

¹¹ Acusada desde sua promulgação de conter altíssimo número de artigos, a Constituição Brasileira não é extensa por irresponsabilidade de seus autores. Escrita depois de 20 anos de uma ditadura militar, é compreensível que ela fosse bastante generosa em matéria de direitos individuais e sociais, ao ponto de um juiz da Suprema Corte (Supremo Tribunal Federal) ter afirmado que a Constituição “só não traz a pessoa amada em três dias, fora isso, quase tudo está lá”.

Há uma nova pluralidade normativa e um novo conjunto de forças que transcende a uma clássica concepção da separação dos poderes.

Essa situação se reflete no papel da Jurisdição Constitucional que não mais exerce somente um papel de “legislador-negativo”, mas também de órgão de poder que cria (constitui) o direito, de algum modo, mesmo que a pretexto de interpretar a Constituição, seus princípios e valores.

Ao lado dos órgãos tradicionais governativos e parlamentares, que se incumbem de expressar os segmentos partidários do povo, segundo os critérios da maioria, surgiu a necessidade de institucionalizarem órgãos “neutros” ou “arbitrais” no Estado. Isso, com a missão de expressar, zelar, promover e sustentar os valores fundantes gerais e permanentes do constitucionalismo democrático.

O primeiro modelo conhecido foi a Suprema Corte dos EUA e, a partir dela, inúmeras outras vieram com diferentes estruturas e funções.¹²

Hoje, porém, além do Poder Judiciário, multiplicaram-se novos órgãos constitucionalmente independentes dotados de variadas funções “neutras”, como as de zeladoria, fiscalização, promoção, defesa e aconselhamento e outras específicas; como os Tribunais ou Corte de Contas, os Ministérios Públicos, os Ombudsmen, os Conselhos de Cidadãos, as Advocacias e Defensorias, os Bancos Centrais, os Conselhos Nacionais da Magistratura etc.

Talvez, por isso, parte da doutrina constitucional tem sustentado que a ideia original de Montesquieu já se perdeu na poeira dos tempos. O conhecido professor Bruce Ackerman¹³ sustenta, com razão, que há hoje uma “nova separação de poderes”.

Fato é que o avanço do ativismo judicial não é um fenômeno exclusivo da América Latina.¹⁴ Colômbia, Costa Rica, Peru e Brasil, são bons exemplos de países onde, de maneira diferente, têm Tribunais ou Cortes, em maior ou menor extensão, com participação de ativistas, como também é o caso da África do Sul, da Índia e de Israel.

A judicialização (em sentido amplo) significa que questões do ponto de vista político, moral ou social estão sendo decididas em caráter final pelo Poder Judiciário.

Há, hoje, inegavelmente, uma transferência de poder para o Judiciário e suas Cortes ou Tribunais, em detrimento das instâncias políticas tradicionais, especialmente o Executivo e o Legislativo.¹⁵

Por outro lado, o ativismo tem adversários de peso. Eles, com razão, trazem argumentos importantes contra a sua prática, essencialmente: a) o ativismo afronta o princípio democrático e o governo representativo popular; b) há carência de capacidade institucional do Poder Judiciário para enfrentar questões técnicas, políticas e sociais complexas.

Seja como for, na América Latina o Poder Executivo é tradicionalmente o mais forte dos Poderes, sobretudo nos países que adotam o Presidencialismo como forma de governo. Por outro lado, o Poder Legislativo, em todo o mundo, e, evidentemente, também

¹² RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 25-42, 2014.

¹³ ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-26, 2014.

¹⁴ KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial como Problema Intelectual e Político nos Estados Unidos: uma Análise Crítica. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016.

¹⁵ CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2012.

na América Latina, tem diminuído o seu protagonismo. Em geral, não é ele que pauta a agenda política, mas sim o Executivo.

Paralelamente a esse quadro, recorde-se que houve um grande reforço das competências jurisdicionais notadamente à jurisdição constitucional. O “*judicial review*” saiu reforçado na América Latina.

O Judiciário pode confrontar não só atos inconstitucionais provenientes do Executivo, como do Legislativo e até, eventualmente, do próprio Judiciário, por meio de revisão ou em caráter recursal.

Os cidadãos e várias instituições, como os Ministérios Públicos, as Defensorias Públicas, e órgãos representativos da sociedade civil (como a Ordem dos Advogados do Brasil, as associações de âmbito nacional, confederações sindicais, partidos políticos etc) podem acionar o controle de constitucionalidade de largo espectro.¹⁶

Recorde-se ainda que, enquanto arena do embate político, o Supremo Tribunal Federal foi autorizado por lei a admitir que organizações da sociedade civil e outros grupos de interesse pudessem interpor *amici curiae*¹⁷ em casos de interesses metaindividuais.

Cite-se também uma série de ações e instrumentos processuais em defesa dos cidadãos, como a ação civil pública no Brasil, uma espécie de *class action* em defesa de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, bem como a ação popular, a ação de improbidade administrativa etc.

Por sua vez, o exercício dessas ações e pedidos acaba interferindo nas políticas públicas e sociais traçadas pelo Executivo.¹⁸ Em muitos casos, a decisão final destas ações questiona, anula ou requer a substituição de uma política pública já traçada pelo Poder Executivo por outra diversa da anterior, sobretudo quando os princípios dessa mesma política estão, de algum modo, desenhados na Constituição Federal.

No Brasil, essa postura “ativista”, ou, se quisermos, cumpridora da Constituição, é manifestada por diferentes linhas de decisão. Em geral, dentre elas se incluem: a) a aplicação direta da Constituição em situações não expressamente contempladas em seu texto; b) na declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador; c) na imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, tanto em caso de inércia do legislador como no caso de políticas públicas ineficientes.

Dentre os vários casos submetidos ao Supremo Tribunal Federal (STF) destacamos os seguintes:

- 1) Na ação direta de inconstitucionalidade (ADI) nº 4.048-1/2008 que controlou, abstratamente, a constitucionalidade em relação às leis orçamentárias, entendendo-as com força vinculante mínima a impor um dever ao Poder Executivo;

¹⁶ BRASIL. Artigo nº 103, de 8 de dezembro de 2004. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

¹⁷ § 2º do art. 7º, § 2º, da Lei nº 9.868/99. BRASIL. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3pSR0x0>.

¹⁸ É interessante notar que a Constituição Brasileira, como várias Constituições da região, contém, em seu texto, 30,7% de seus dispositivos contemplados são para políticas públicas. Sendo assim, ela atrai para si a política governamental e a política cotidiana, já que seus dispositivos terão grande sobreposição com as questões que são objeto da disputa política entre os partidos, entre o governo, entre a oposição e entre os diversos grupos de interesse presentes na sociedade e no Estado.

- 2) No pedido de extradição nº 1.085, o Supremo Tribunal Federal anulou o refúgio e entendeu tratar-se de crime comum e não de crime político praticado pelo refugiado;
- 3) No RMS 24.699/2004, o STF obrigou um Município do Estado de São Paulo a fornecer matrículas em creches e pré-escolas para crianças, fundamentado no artigo 208, IV da Constituição brasileira;
- 4) Na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.650/2013, ajuizada pelo Conselho Federal da OAB – Ordem dos Advogados do Brasil, tendo por objetivo a declaração da inconstitucionalidade de parte da Lei de Eleições (Lei 9.507/1997 e a Lei dos Partidos Políticos – Lei 9.096/1995) e que possibilitava o financiamento de campanhas políticas mediante recursos doados por pessoas jurídicas. No julgamento, por maioria, o Supremo julgou inconstitucional leis que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas em campanhas eleitorais;
- 5) Na ADPF (Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) nº 45/2004, o juiz (Ministro) relator entendeu como legítima a intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas. Esse precedente é normalmente invocado em ações que tratam de fornecimento de tratamento médico ou garantia de educação básica à população;
- 6) Editou-se a Súmula Vinculante nº 13/2008 que proibiu a contratação de parentes, em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, da autoridade nomeante;
- 7) Na ADIN 3.999/2008, declarou-se constitucional as resoluções do Tribunal Superior Eleitoral que regiam o processo e o julgamento de perda do mandato parlamentar na hipótese de desfiliação partidária;
- 8) Na ADI nº 4.277 e na ADPF nº 132/2011, o Supremo deu interpretação conforme o artigo 1.723 do Código Civil e o artigo 226, § 3º da Constituição para reconhecer em pessoas do mesmo sexo (união homoafetiva) o mesmo regramento infraconstitucional da união estável;
- 9) Na ADPF nº 54/2012 autorizou-se a interrupção da gravidez de fetos anencéfalos;
- 10) Na ADPF nº 442/2016, o Supremo autorizou a interrupção voluntária no primeiro trimestre da gestação, dando interpretação, conforme à Constituição, em face dos artigos 124 a 126 do Código Penal brasileiro, que tipificam o crime de aborto. Entendeu que a criminalização é incompatível com os direitos fundamentais e com os direitos sexuais e reprodutivos da mulher, que não pode ser obrigada pelo Estado a manter a gestação indesejada;¹⁹

¹⁹ A autonomia da mulher, que deve conservar o direito de fazer suas escolhas existenciais; a integridade física e psíquica da gestante, que é quem sofre, no seu corpo e no seu psiquismo, os efeitos da gravidez; e a igualdade da mulher, já que homens não engravidam e, portanto, a equiparação plena de gênero depende de se respeitar a vontade da mulher nessa matéria. A tudo isto se acrescenta o impacto da criminalização sobre as mulheres pobres. É que o tratamento como crime, dado pela lei penal brasileira, impede que estas mulheres, que não têm acesso a médicos e clínicas privadas, recorram ao sistema público de saúde para se submeterem aos procedimentos cabíveis. Como consequência, multiplicam-se os casos de automutilação, lesões graves e óbitos.

A tipificação penal viola, também, o princípio da proporcionalidade por motivos que se acumulam: (i) ela constitui medida de duvidosa adequação para proteger o bem jurídico que pretende tutelar (vida do nascituro), por não produzir impacto relevante sobre o número de abortos praticados no país, apenas impedindo que sejam feitos de modo seguro; (ii) é possível que o Estado evite a ocorrência de abortos por meios mais eficazes e menos lesivos do que a criminalização, tais como educação sexual, distribuição de contraceptivos e amparo à mulher que deseja ter o filho, mas se encontra em condições adversas; (iii) a medida é desproporcional em sentido estrito, por gerar custos sociais (problemas de saúde pública e mortes) superiores aos seus benefícios.

Anote-se, por derradeiro, que praticamente nenhum país democrático e desenvolvido do mundo trata a interrupção da gestação durante o primeiro trimestre como crime, aí incluídos Estados Unidos, Alemanha, Reino Unido, Canadá, França, Itália, Espanha, Portugal, Holanda e Austrália.

- 11) Na ADI 3510/DF, o Supremo ao julgar a constitucionalidade da lei de biossegurança, entendeu como constitucional a pesquisa com células-tronco embrionárias e como inexistente a violação do direito à vida.²⁰

A ênfase no papel deliberativo das cortes e tribunais constitucionais tem ensejado importantes discussões no direito constitucional comparado. No Brasil, não é diferente. A capacidade deliberativa do Supremo Tribunal Federal (STF) tem sido, continuamente, objeto de crítica por parte da doutrina brasileira. Alguns chamam esse exercício da competência constitucional de “constitucionalismo abusivo”.²¹

Fato é que, nesses últimos trinta anos,²² sob a vigência da Constituição de 1988, o Supremo Tribunal Federal (STF) assumiu um papel muito relevante e de expansão de sua autoridade. É difícil achar uma matéria importante, com grande repercussão social, que não tenha chegado ao Supremo. Direitos fundamentais, representação política, delimitação de atribuições das demais esferas do Estado, balanço federativo, matéria tributária, enfim, tudo no Brasil parece exigir uma “última palavra” do Supremo Tribunal Federal.

Oscar Vilhena Vieira²³ anota, com razão, que o Supremo passou de legislador negativo a poder constituinte reformador. O autor sustenta esse argumento trazendo exemplos

Deferimento da ordem de ofício, para afastar a prisão preventiva dos pacientes, estendendo-se a decisão aos corréus. Decisão dada após o voto do Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que concedia a ordem de habeas corpus, pediu vista dos autos o Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente. 1o Turma, 9.8.2016. Decisão: Por maioria de votos, a Turma não conheceu da impetração, mas concedeu a ordem, de ofício, nos termos do voto do Senhor Ministro Luís Roberto Barroso, Presidente e Redator para o acórdão, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio, Relator, que a concedia (2016).

²⁰ Cite-se ainda os seguintes casos: a) prisão por dívida (HC 87.585-TO), em que o STF reviu sua antiga jurisprudência sobre a possibilidade de prisão do depositário infiel, autorizada pela legislação brasileira, mas proibida pelo Pacto de São José da Costa Rica, o qual também o Brasil é signatário, o qual restringe a prisão por dívida ao descumprimento inescusável da prestação alimentícia. Prevaleceu a tese do status supralegal, mas infraconstitucional dos tratados; b) no RE 511.961-1-SP, julgou-se desnecessária a obrigatoriedade de diploma universitário para o exercício do jornalismo; c) no julgamento da demarcação da terra indígena Raposa Terra do Sol, (PET 3388/2013) o STF limitou a ação do Poder Executivo em suas responsabilidades de demarcação de terras indígenas e suplantou a ação do Poder Legislativo que não conseguia aprovar um novo marco legal para os povos indígenas no Brasil.

²¹ Neste sentido, vide: ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do Constitucionalismo Abusivo. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 1, p. 173-192, 2017.

Os autores anotam: “Nos últimos anos, com a crescente presença do STF na política, tem se verificado que a corte, seja em suas decisões, seja nas falas de seus ministros, reforça sua posição de agente central no constitucionalismo. Esse passo é importante para que qualquer atuação da jurisdição constitucional possa se valer de autoridade suficiente para, mais tarde, participar como agente de interesses no processo decisório”. Como exemplo citam o MS (mandado de segurança) 32033-DF em que o relator, Ministro Gilmar Mendes, apontou como inconstitucional o processo legislativo que tratava de regras partidárias (PL 4470/2012), simplesmente porque aquela apressada votação não fazia sentido. Para ele, o fato da Câmara de Deputados ter deliberado de forma estranhamente célere seria já um motivo para suspender o projeto de lei. Já no impeachment da então Presidente Dilma Rousseff, o STF adotou uma postura mais contida, buscando se resguardar diante de um propósito de preservação do princípio da separação de poderes. Já na ADPF 402, o STF, em decisão monocrática, concedeu tutela liminar com base na premissa de que não poderiam permanecer na linha sucessória de possíveis Presidentes da República aqueles tornados réus em processo criminal perante o próprio Tribunal. Os autores lembram ainda o Mandado de Segurança 34.070/2016, com deferimento de tutela liminar para impedir a posse do ex-Presidente da República Luiz Ignácio Lula da Silva (Lula) nomeado para assumir o cargo de Ministro da Casa Civil de Dilma Rousseff. Segundo o relator, o caso era um típico exemplo de desvio de finalidade administrativa, o que ensejava a nulidade do ato para obter foro de prerrogativa de função, quando o ex-Presidente estava ameaçado por investigações judiciais. A decisão, todavia, entrava em choque direto com a jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal. O caso não foi levado à deliberação do Plenário da Corte para deliberação colegiada. A decisão monocrática do Ministro Gilmar Mendes, embora provisória, tornou-se definitiva sem a menor chancela dos demais ministros da Corte, por perda de objeto.

²² A Constituição Brasileira, nesses últimos trinta anos de vigência, já sofreu 105 emendas ao seu texto original.

²³ VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.

concretos de que o Tribunal²⁴ passou a se enxergar como dotado de poder constituinte reformador, ainda que a promoção das mudanças constitucionais não se dê com a alteração explícita do texto da Constituição.

É difícil julgar se o fenômeno apontado por Vilhena como a “*Supremocracia*” é positivo ou negativo, fato é que de um lado verifica-se o fortalecimento do Estado Democrático de Direito e do próprio constitucionalismo, por outro, é sintoma da fragilidade do sistema representativo em responder as expectativas sobre ele colocadas.

Também parece muito difícil adotar simplesmente uma teoria ou corrente como solução para esse intrincado problema. É o caso do “minimalismo” sustentado por Cass Robert Susteain,²⁵ Alexander Bickel, Anders Lindquist e Frank Cross, que, creio, serve como advertência doutrinária, mas não pode ser aplicado *tout court* na América Latina, que tem desafios diferentes dos países com democracias já consolidadas.

Já finalizando nossa intervenção, recorde que o ativismo no Brasil, e em grande parte na América Latina, representa ou, também, pode ser identificado com a insuficiência do Estado em atender aos anseios da sua população. Bem como em buscar a realização dos objetivos que foram, no Brasil, assinalados pela própria Constituição de 1988.

Talvez possamos afirmar que o ativismo judicial *positivo* estaria caracterizado pelos seguintes elementos:

- a) Decisão que busque, primordialmente, assegurar direitos fundamentais;
- b) Decisão orientada a garantir a supremacia da Constituição;
- c) Decisão sustentada por técnicas hermenêuticas que não extrapolem a *mens legis* e não derroguem a *mens legislatoris* do ato normativo questionado.

Não devemos nos esquecer, ainda, que sempre é possível respeitar a margem de liberdade do legislador ou manter uma postura de autocontenção das Cortes ou Tribunais Constitucionais.

As minorias políticas ou grupo vulneráveis também devem ser protegidos pelo Tribunal, pelo STF ou por um Conselho Constitucional.

É preciso recordar, uma vez mais, que a maioria dos países latino-americanos caracterizam-se pela existência de uma forte desigualdade social e pela marginalização de grandes camadas da população. Assim como pela falta de representatividade dos partidos políticos, pela violação sistemática dos direitos humanos e pelos riscos claros que esses conflitos podem – quando não resolvidos – se transformar em mais violência, característica da região.

Acredito que, em termos gerais, pode-se definir como atribuição do Poder Judiciário aplicar, de modo imediato, as normas que configuram condições para um bom funcionamento da vida democrática em qualquer país.

²⁴ Lembra o caso da “fidelidade partidária, o MS 26.603/DF e o caso da Reclamação 4.335-5- Acre, referente à constitucionalidade da lei de crimes hediondos. No primeiro caso, o STF acabou por endossar a criação de uma nova categoria de perda de mandatos parlamentares, distinta das hipóteses previstas no artigo 55 da Constituição Brasileira. No segundo caso, o Supremo deixou claro que no processo de interpretação e aplicação da Constituição o seu conteúdo, e eventualmente a sua letra, pode sofrer alterações. O Supremo entendeu ter havido uma “mutação constitucional” ao deixar de aplicar o artigo 52, X da Constituição brasileira. Essa mutação afetou, ainda que minimamente, a relação entre os poderes, suprimindo uma competência privativa do Senado Federal e transferindo-a para o próprio Supremo Tribunal Federal.

²⁵ SUSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.

Reconhecemos que não é fácil calibrar a atuação de ambos os poderes – judiciário, executivo e legislativo. Mas é preciso reconhecer que o direito comparado dá exemplos importantes que não devem ser desconsiderados.²⁶

Reconhecer a inconstitucionalidade da lei, conceder prazo razoável para o legislador editar a norma, discutir o problema com os vários segmentos da sociedade em audiências públicas e envolver mais os atores sociais parece ser uma resposta que aproxima o Judiciário daqueles a quem ele deve proteger, sem oferecer atritos indesejáveis à concepção moderna de *checks and balances*.

Por fim, creio que devemos fomentar uma cultura jurídica orientada pelo controle da convencionalidade, dando prioridade e reconhecendo a importância das normas advindas do direito internacional dos direitos humanos em toda a América Latina.

O controle da convencionalidade, ademais, contribuirá para que se implemente no âmbito doméstico os *standards*, os princípios, a normatividade e a jurisprudência internacional em matéria de direitos humanos, conferindo aos Tribunais e Cortes Supremas da região uma maior credibilidade.

Referências bibliográficas

ACKERMAN, Bruce. Adeus, Montesquieu. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 265, p. 13-26, 2014

BRASIL. Artigo nº 103, de 8 de dezembro de 2004. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 dez. 2004.

BRASIL. Lei nº 9868, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 nov. 1999. Disponível em: <https://bit.ly/3pSR0x0>.

CROWE, Justin. *Building the Judiciary: Law, Courts, and the Politics of Institutional Development*. Nova Jersey: Princeton University Press, 2012.

DAHL, Robert. *Sobre a Democracia*. Brasília: Editora UNB, 2001.

ESTORILIO, Rafael; BENVINDO, Juliano Zaiden. O Supremo Tribunal Federal como agente do Constitucionalismo Abusivo. *Cadernos Adenauer*, São Paulo, n. 1, p. 173-192, 2017.

²⁶ David Landau (LANDAU, David. Improving remedies for social rights. In: ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 2013, Rio de Janeiro.) ensina: “In Colombia, for example, the court’s decision on gay marriage gave the Congress two years to legislate on the issue, in order to resolve the ‘deficit of protection’ identified by the court. If the state did not act within that timeframe, couples would automatically be able to go to notaries in order to formalize their marriages. Studies in USA administrative law have shown that this kind of a spur to administrative action (generally imposed by Congress, not the courts) is highly effective, particularly if the default rule is generally undesirable. This approach is empirically far more effective than one that simply orders the agency to act on a given issue by a given deadline; the deadline are routinely ignored unless they are paired with default rules. The advantage of these default rules is that if they are done well, they should not require that courts have the last word in policymaking. Courts can set a simple, bright-rule in a given area, such as- if Congress or administrative agencies do not act on the rights of cancer patients by date X, all patients may begin receiving benefits on that date. If the rule is acceptable, it will be adopted without changes. But if it is overinclusive or too expensive, the legislature or agency can modify it by developing a new plan. Thus, courts in enforcing these kinds of remedies should aim for over-enforcement rather than under-enforcement. Indeed, a clear and unattractive judge-made solution may be the best spur to legislative action”.

- FIGUEIREDO, Marcelo. Balance y Perspectivas del Constitucionalismo Social en Latino América. In: ASTUDILLO, César; CARPIZO, Jorge (orgs.). *Constitucionalismo. Dos Siglos de Su Nacimiento en América Latina*. Cidade do México: Editora UNAM, 2013. p. 393-411.
- FIGUEIREDO, Marcelo. *O Constitucionalismo Contemporâneo – Uma Visão Latino-Americana*. Homenagem ao Professor Héctor Fix-Zamúdio. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 17, n. 94, p. 161, 2015.
- KOERNER, Andrei. Ativismo Judicial como Problema Intelectual e Político nos Estados Unidos: uma Análise Crítica. *Revista Lua Nova*, São Paulo, n. 99, p. 233-255, 2016.
- KONRAD ADENAUER STIFTUNG. Disponível em: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=ff417ec1-eec2-f606-49. Acesso em: 20 jul. 2019.
- LANDAU, David. Improving remedies for social rights. In: ANNUAL MEETING OF THE INTERNATIONAL ASSOCIATION OF CONSTITUTIONAL LAW, 2013, Rio de Janeiro.
- PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. *A democracia na América Latina: rumo a uma democracia de cidadãos e cidadãs*. Tradução de Monica Hirts. Nova York: ONU, 2004. Disponível em: <https://bit.ly/3nsUzbp>. Acesso em: 20 jul. 2019.
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa; OLIVEIRA JÚNIOR, Jorge Ferraz. Características do Ativismo Judicial nos Estados Unidos e no Brasil: um breve histórico do ativismo judicial na Suprema Corte Norte-Americana e um paralelo com o recente ativismo judicial da Suprema Corte brasileira. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 51, n. 204, p. 25-42, 2014.
- SANTIAGO NINO, Carlos. *La Constitución de La Democracia Deliberativa*. Madrid: Editora Gedisa, 1996.
- SUSTEIN, Cass. *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University Press, 1996.
- TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL. *Índice de percepção da corrupção 2018* (IPC) Disponível em: https://www.transparency.org/news/pressrelease/indice_de_percepcao_da_corrupcao_2018 Acesso em: 20 jul. 2019.
- VANOSI, Jorge Reinaldo. *El Estado de Derecho en el Constitucionalismo Social*. Buenos Aires: Editora Eudeba, 1987.
- VERGOTTINI, Giuseppe. Transitions-Constitutionnelles et Consolidation de la Démocratie dans les Ordonnancements D'Europe Centre-Orientale. In: MILACIC, Slododan et al. *Mélanges en L'Honneur de Slododan Milacic: démocratie et liberté, tension, dialogue, confrontation*. Bruxelles: Bruylant, 2007.
- VIEIRA, Oscar Vilhena. Supremocracia. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 441-464, 2008.