

A Judicialização da Política e o Ativismo Judicial: Distinção, Causas e Perspectivas

Eugênio Rosa de Araújo*

Sumário

1. Introdução. 2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial. 3. O Controle de Convencionalidade e a Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos. 4. Ativismo Judicial e as Sentenças Aditivas. 5. Conclusão. Bibliografia. Jurisprudência.

Resumo

Trata-se de um trabalho que pretende demonstrar a distinção, as causas e as perspectivas da “Judicialização da Política” e do “Ativismo Judicial”. Explica brevemente ambos os fenômenos sob a ótica histórica e normativa. Traz exemplos de julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil onde foram observados tais fenômenos. Reflete, ainda, sobre a consequência dos mesmos na atuação do Poder Judiciário, que deverá utilizá-los tendo em conta a perspectiva de efetivação, mas sem deixar de observar os diversos princípios do ordenamento jurídico, de forma a concretizar uma sociedade mais justa e solidária.

Abstract

This paper aims to demonstrate the distinction, causes and perspectives of “Judicialization of Politics” and “Judicial Activism”. It briefly explains both phenomena from the historical and normative point of view. It brings examples of judgments of the Federal Supreme Court of Brazil where such phenomena were observed. It also reflects on the consequences of the same in the work of the Judiciary, which should use them taking into account the perspective of effectiveness, but also observing the various principles of the legal system, in order to achieve a more just and solidary society.

Palavras-Chave: Judicialização. Ativismo judicial. Exemplos. STF. Democracia. Princípios. Subprincípios. Omissões legislativas. Lacunas. Atuação do Judiciário.

Keywords: *Judicialization. Judicial activism. Examples. STF. Democracy. Principles. Subprinciples. Legislative omissions. Gaps. The Judiciary.*

* Juiz Federal – TRF-2/RJ.

1. Introdução

Com o advento da Constituição de 1988, o Poder Judiciário passa a ser visto como um receptor de insatisfações para com o Executivo e o Legislativo, sendo chamado a dar respostas que o colocaram na posição de guardião da constituição e dos direitos fundamentais.

Sabe-se que o Poder Legislativo tem sido incapaz de dar respostas céleres à verdadeira miríade de necessidades da sociedade pós-moderna, necessidades estas expressamente explicitadas em nossa Carta Magna, muitas das quais como direitos econômicos sociais, os quais têm a conformação de prestações positivas de direitos fundamentais, conectadas com o mínimo existencial e aptos a serem exigidos na via de direitos qualificados como subjetivos, coletivos e difusos.

Tal circunstância, somada à democratização ocorrida com o novo ambiente de constitucionalização de nosso ordenamento sob a normatividade das normas constitucionais e a jurisdição constitucional, trouxe um novo papel para o Poder Judiciário, que se viu diante de novos desafios no que tange à omissão dos Poderes Executivo e Legislativo na fruição e conformação de tais direitos.

Apenas para dar um primeiro perlustre em nosso ordenamento, destaca-se a letra do *caput* do art. 6º da Carta Magna, *verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (*Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015.*)

Parece, à primeira vista, que nada fica de fora e é fácil concluir, da mera interpretação literal/gramatical do texto constitucional, que os direitos ali previstos podem, com facilidade, ser veiculados judicialmente por meio de demandas judiciais, postulando direitos difusos, coletivos e individuais; em síntese: a possibilidade de judicialização destes direitos é quase ilimitada.

Todos os direitos sociais ali previstos podem ser judicializados, isto é, podem ser objeto de demanda em face do Poder Executivo, no sentido de que sejam prestados efetivamente, por meio de políticas públicas, sem prejuízo do ajuizamento de ações individuais veiculando direitos subjetivos individualizados.

A situação se apresenta ainda mais evidente com o advento da nova redação do parágrafo 3º do art. 5º da Constituição, segundo o qual, *verbis*:

§3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros,

serão equivalentes às emendas constitucionais. (*Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004*) (*Atos aprovados na forma deste parágrafo*).

Com a alteração da redação constitucional, os tratados que cuidam de direitos fundamentais econômicos sociais passaram a ter um *status* de superlei, posto que se colocam em hierarquia superior à legislação infraconstitucional, gerando a necessidade de um novo tipo de controle, qual seja, o controle de convencionalidade do texto legal em confronto com o tratado ou convenção internacional.

Neste ponto, urge frisar a emergência das decisões que, sob o argumento de completar o ordenamento jurídico, assumem um caráter aditivo e modificativo, com viés de legislador positivo, trazendo para o Supremo Tribunal Federal a crítica da falta de legitimidade para a substituição dos poderes eleitos pelo povo.

O fato é que, muitas das decisões, as quais deveriam ser tomadas pelo Poder Legislativo, mas que são impopulares, acabam por desaguar no Judiciário, bem como, uma vez tomada uma decisão pela maioria do congresso, fica aberta a via jurisdicional da minoria descontente para arrostar a legislação no Judiciário.

Tais fenômenos têm se tornado cada vez mais frequentes, com muitas críticas, daí ter sido denominado com a expressão quase pejorativa de “ativismo judicial”, o que, como se verá, nada mais é do que o escorrito cumprimento da ordem constitucional, sob o manto de nova perspectiva dos princípios adrede mencionados e que não só revelam o compromisso com os direitos fundamentais, mas também com a governabilidade, posto que, mesmo nas hipóteses em que é determinada a adoção de políticas públicas por parte dos governos, tem-se determinado, o quanto possível for, a observância da reserva do possível, isto é, a implantação paulatina dos programas, sem que um direito social cause a ruína das finanças públicas e, conseqüentemente, a frustração de outros direitos sociais igualmente relevantes.

O ambiente normativo é de tal ordem propício, tanto para a judicialização da política, quanto para o ativismo judicial, que basta um elementar exercício de interpretação gramatical para se perceber o quanto ainda se há que burilar os limites e possibilidades dos referidos fenômenos, a saber os arts. 5º, parágrafo 3º e 6º, *caput*, da Constituição Federal, o teor do Protocolo adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de São Salvador”, concluída em El Salvador em 1988 (arts. 1º e 2º), veiculado pelo anexo do Decreto nº 3.321/1999, o art.12-H e parágrafo primeiro da Lei nº 9.868/1999, que dispõe sobre a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e, por fim, os arts. 297, 301, 311 e 536 do Novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105/2015.

2. Judicialização da Política e Ativismo Judicial

O leque de decisões judiciais aptas a influenciar as decisões políticas é muito dilargado, o que vem trazendo o desafio para o Poder Judiciário da autocontenção,

uma vez que o arcabouço legislativo se vê hoje com amplo instrumental de textos com técnica legislativa aberta, permitindo, no julgamento dos casos concretos, a construção de normas nem sempre previstas nos textos, embora neles fundamentados.

Dessa forma, necessária a explicitação do panorama que vem se consolidando a respeito dos fenômenos da judicialização da política e do ativismo judicial, impondo-se a análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal do Brasil, com vistas à exemplificação e ao estado em que se encontram os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial¹ na Suprema Corte.

A judicialização da política é fenômeno que reflete a democratização do acesso à justiça e o anseio de progressão dos direitos sociais já alcançados por parcela da população, refletindo a ausência da ação do Estado na fruição dos direitos sociais em espécie ou na ausência de políticas públicas.

O ativismo judicial, da mesma forma, reflete os anseios da sociedade, porém na vertente da atuação mais firme e – por vezes – criadora do judiciário em face da inércia dos Poderes Executivo e Legislativo na implementação de políticas públicas, chegando à determinação de implementação de políticas públicas aos Poderes omissos, seja na via administrativa, seja na via legal, traduzindo um forte protagonismo do Judiciário nem sempre compreendido pelos demais poderes.

Evidente que os exemplos não esgotam a casuística; apenas se pretende dar, em limitado espaço, uma breve visão do tema.

Um caso emblemático diz respeito ao direito social, à saúde, especialmente às crianças, onde o STF estabeleceu alguns postulados no controle jurisdicional das políticas públicas e cuja ementa, por seu conteúdo, merece integral transcrição para melhor compreensão do tema:

¹ “Judicialização significa que algumas questões de larga repercussão política ou social estão sendo decididas por órgãos do Poder Judiciário, e não pelas instâncias políticas tradicionais: o Congresso Nacional e o Poder Executivo – em cujo âmbito se encontram o Presidente da República, seus ministérios e a administração pública em geral – como intuitivo, a judicialização envolve uma transferência de poder para os juízes e tribunais, com alterações significativas na linguagem, na argumentação e no modo de participação da sociedade. O fenômeno tem causas múltiplas. Algumas delas expressam uma tendência mundial; outras estão diretamente relacionadas ao modelo institucional brasileiro”. Prossegue lecionando que: “A judicialização e o ativismo judicial são primos. Vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares, mas não têm as mesmas origens. 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. Em todos os casos referidos acima, o judiciário decidiu porque era o que lhe competia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. 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. A postura ativista se manifesta por meio de diferentes condutas, que incluem: (I) a aplicação direta da Constituição a situações não expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; (II) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente e ostensiva violação da Constituição; (III) a imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas”. BARROSO, Luis Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Revista de Direito do Estado* nº 13, p.71-91, jan./mar. 2009.

ARE 745745 AgR / MG - MINAS GERAIS /jurisprudencial/ ARE
AgR745745 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO
Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 02/12/2014 Órgão
Julgador: Segunda Turma

EMENTA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – MANUTENÇÃO DE REDE DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – *DEVER ESTATAL RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL* – CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE *OMISSÃO INCONSTITUCIONAL* IMPUTÁVEL AO MUNICÍPIO – DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) – COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) – A QUESTÃO DA *RESERVA DO POSSÍVEL*: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE PROMETER O NÚCLEO BÁSICO QUE QUALIFICA O *MÍNIMO EXISTENCIAL* (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE *DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO* – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL *FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO* – CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (*PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL*,

PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) – EXISTÊNCIA, NO CASO EM EXAME, DE RELEVANTE INTERESSE SOCIAL – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (grifo nosso.)

Da leitura da ementa, podem-se extrair algumas conclusões à que chegou a Suprema Corte brasileira: a Constituição possui normatividade cuja inobservância faz emergir uma omissão inconstitucional, em face de sua força vinculante²; que o princípio da reserva do possível³ é inaplicável, quando se tratar de direito ligado ao mínimo existencial⁴; o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas⁵ instituídas na Constituição e não instituídas pelo poder público não viola o princípio da separação dos poderes; é legítimo o comportamento do Poder Judiciário na colmatação de omissões inconstitucionais como necessidade institucional fundada em comportamento afirmativo do julgador e do qual resulta uma positiva criação jurisprudencial; que a fiscalização judicial

² A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência criando regras próprias que não podem ser desconsideradas. Devem ser contempladas aqui as condições naturais, técnicas, econômicas e sociais. A pretensão de eficácia da norma jurídica somente será realizada se levar em conta essas condições. Há de ser, igualmente, contemplado o substrato espiritual que se consubstancia num determinado povo, isto é, as concepções sociais concretas e o baldrame axiológico que influenciam decisivamente a conformação, o entendimento e a autoridade das proposições normativas. HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p.14-15.

³ Princípio segundo o qual “o Estado se limita à reserva do possível, isto é, mesmo que o ordenamento prescreva uma prestação positiva, deverá haver previsão orçamentária suficiente para cobri-la.” ARAUJO, Eugênio Rosa de. *Direito Econômico & Financeiro*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013, p.306.

⁴ Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas. O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza. TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p.35-36.

⁵ “A compreensão da dinâmica governamental, seus arranjos institucionais e seus processos, não visa, como observado, ‘definir um campo’, mas estruturar uma abordagem ou perspectiva que permita a sistematização e agregação de conhecimentos sobre as políticas públicas, combinando elementos do direito, política, economia e gestão pública, especialmente. Essa abordagem estruturada deve possibilitar que pesquisadores de várias formações participem, de forma colaborativa, de pesquisas comuns, compondo um acervo de práticas epistemológicas sobre padrões governamentais, jurídicos e conexos com as disciplinas afins, incorporando e elaborando experiências e habilitando à construção de um instrumental de análise e ação passível de ser utilizado e replicado em outros programas de ação governamental, para a potencialização das forças sociais subjacentes à ordem democrática”. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria das Políticas Públicas*. São Paulo, Saraiva, 2013, p.292.

dos parâmetros da Constituição se estabelece para afastar abusos que redundem em proibição de excesso⁶, proibição de retrocesso social⁷, proteção ao mínimo existencial e ao combate à proteção insuficiente ou deficiente⁸.

3. O Controle de Convencionalidade e a Supralegalidade dos Tratados de Direitos Humanos

Outro exemplo que marca o ordenamento jurídico brasileiro é o entendimento do Supremo Tribunal Federal a respeito do *status* de sobrelei aos tratados que tratam de direitos humanos, trazendo o novo fenômeno de controle de convencionalidade.

No Re. nº 466343, Rel. Min. Cezar Peluso, julgado pelo Pleno da Corte, por unanimidade de votos, em 3/12/2008, decidiu que, em nosso ordenamento jurídico, os Tratados Internacionais de Direitos Humanos se posicionam hierarquicamente e normativamente abaixo da Constituição e acima da legislação interna, fazendo uma interpretação sistemática entre o art.5º, inc. LXVIII e §§1º, 2º e 3º da Constituição Federal à luz do art. 7º, §7º da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica).

Nesse passo, vale realizar uma recensão dos argumentos expostos pelos Ministros Celso de Mello e Gilmar Mendes, ainda que de forma abreviada, para que se confirmem as razões que nortearam o julgamento unânime.

Celso de Mello destaca a normatividade emergente dos tratados internacionais em matéria de Direitos Humanos, conferindo-lhes caráter de supralegalidade ou hierarquia constitucional. Os tratados sobre Direitos Humanos refletem um grau de preeminência hierárquica em face da legislação comum de caráter infraconstitucional. A controvérsia jurídica se coloca no conflito ou diálogo de fontes entre legislação interna e tratados, sempre que se registre situação de antinomia entre o Direito interno e os Tratados Internacionais de Direitos Humanos.

⁶ Conforme destaca CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina s/d, p.263 ao tratar da proporcionalidade em sentido estrito, assevera: "Está aqui em causa o princípio da proporcionalidade em sentido restrito, entendido como princípio da 'justa medida'. Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de 'medida' ou 'desmedida' para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim".

⁷ Como afirmamos em outra obra "O princípio da proibição de retrocesso social implica que o núcleo essencial do direito já realizado e efetivado considera-se garantido, salvo se a lei criar algum sistema alternativo ou compensatório (ex.: lei que aumente, desproporcionalmente, o tempo para a aposentadoria)". ARAUJO, Eugênio Rosa de. *Resumo de Direitos Humanos Fundamentais*. Niterói: Impetus, 2009, p.18.

⁸ Segundo Canotilho. *op. cit.* p. 265: Existe um direito de proteção quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção (Schutzpflicht) adoptam medidas insuficientes para garantir uma proteção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais". HC 104410/RS. Rel. Min. Gilmar Mendes, Julgamento: 06/03/2012, Segunda Turma /jurisprudencial/ HC 104410/RS. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

Reforça a distinção das Convenções Internacionais de Direitos Humanos revestidas de supralegalidade ou impregnadas de natureza constitucional e os Tratados internacionais sobre as demais matérias, compreendidos estes com paridade com as leis ordinárias. Os Tratados Internacionais de Direitos Humanos são impregnados de estatura superior às leis internas, não obstante subordinados à autoridade da Constituição Federal.

Ressalta que deixou de ter efeitos a prisão por dívida, frisando que esta não foi revogada, mas deixou de ter aplicabilidade diante dos efeitos paralisantes desses tratados em relação à legislação infraconstitucional, passando a compor o bloco de constitucionalidade (mesmo antes da EC nº 45/2004), que é a somatória daquilo que se adiciona à Constituição Federal escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados.

Conclui o julgador que o §3º do art. 5º da Constituição Federal, com a redação que lhe deu a EC nº 45/2004, se constitui numa cláusula de equivalência com Emendas constitucionais, desde que observado o rito de reforma previsto no texto constitucional, disse retirando algumas conclusões.

Em caso de conflito entre lei e Tratado de Direitos Humanos aprovado nos termos do §3º do art. 5º da Constituição, prevalecerá o Tratado em razão de sua equivalência com Emendas Constitucionais, independentemente do critério cronológico.

Os Tratados incorporados como Emenda Constitucional podem ser parâmetro de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos, ampliando o chamado bloco de constitucionalidade e não podem ser objeto de denúncia por parte do Presidente da República em face do disposto no §4º, do art. 60 da Constituição Federal.

Às Convenções de Direitos Humanos anteriores a EC nº 45/2004 incide o §2º do art. 5º da Constituição Federal que lhes confere natureza materialmente constitucional, promovendo sua integração e fazendo com que se subsuma a noção de bloco de constitucionalidade. Os Tratados que não se refiram a Direitos Humanos gozarão de paridade com as leis internas.

Quanto ao voto do Ministro Gilmar Mendes no referido julgado, este diz que parece mais consistente a interpretação que atribui a característica de supralegalidade aos Tratados e Convenções de Direitos Humanos. Essa tese pugna pelo argumento de que os Tratados de Direitos Humanos seriam infraconstitucionais, porém, diante de seu caráter especial em relação aos demais atos normativos internacionais, também seriam dotados de um atributo de supralegalidade.

Segue dizendo que os Tratados de Direitos Humanos não poderiam afrontar a supremacia da Constituição Federal, mas teriam lugar especial reservado no ordenamento jurídico. Equipará-los à legislação ordinária seria subestimar o seu valor especial no contexto do sistema de proteção dos Direitos da pessoa humana.

Prossegue afirmando que, diante do caráter especial dos Tratados Internacionais que cuidam da proteção dos Direitos Humanos, é preciso entender que a sua internalização no ordenamento jurídico por meio do procedimento de ratificação tem o condão de paralisar a eficácia jurídica de toda e qualquer disciplina normativa infraconstitucional com ela conflitante, não ficando o legislador constitucional

impedido de submeter o Tratado ao procedimento especial de aprovação previsto no §3º, do art. 5º da Constituição Federal, conferindo-lhe *status* de Emenda Constitucional.

Tal entendimento revela o *status* normativo supralegal dos tratados internacionais de direitos humanos subscritos pelo Brasil, tornando inaplicável a legislação com ele conflitante, seja ele anterior ou posterior ao ato de adesão.

Daí se pode falar em controle de convencionalidade, isto é, da eficácia da legislação infraconstitucional perante o tratado. Deverá o intérprete realizar uma filtragem da legislação em face do comando supralegal da Convenção ou um controle de constitucionalidade se se tratar de tratado já incorporado em nosso ordenamento, se já houver sido submetido ao procedimento previsto no parágrafo 3º, do art. 5º da Constituição Federal, pois, neste caso, o tratado terá *status* de texto constitucional (Decreto 6949/2009 e Decreto Legislativo do Senado 186/2008)⁹.

No caso, o tratado de direitos humanos não tornado Emenda Constitucional tem caráter de texto supralegal, ao passo que o texto do Tratado que vier a ser submetido ao processo legislativo de Emenda Constitucional terá *status* de texto constitucional. No primeiro caso, o texto confrontado cumprirá parâmetro de eficácia, ao passo que no segundo, prioritariamente de validade constitucional.

Deste julgado resultou a súmula vinculante nº 25, com a seguinte redação, *verbis*: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito”.

Ficou estabelecido, em sede de súmula vinculante, portanto, a supralegalidade dos tratados sobre direitos humanos, os quais não tenham sido objeto do procedimento para aprovação de Emendas Constitucionais, destacando Alex Sander Xavier Pires¹⁰ “que o objetivo da súmula vinculante é a de consignar a validade, a interpretação e a eficácia de normas específicas”, não se podendo afirmar, portanto, constituir em texto legal a compor o elenco do art. 59 da Constituição da República.¹¹

4. Ativismo Judicial e as Sentenças Aditivas

No campo do ativismo judicial, o Supremo Tribunal Federal tem se utilizado da técnica de sentença denominada sentença aditiva ou modificativa-manipulativa,

⁹ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p.399-400. “Quanto os tratados de direitos humanos, entendemos que os mesmos ostentam o *status* de norma constitucional, independentemente do seu eventual quórum qualificado de aprovação. A um resultado similar pode-se chegar aplicando o princípio – hoje cada vez mais difundido na jurisprudência interna de outros países e consagrado em sua plenitude pelas instâncias internacionais – da supremacia do Direito Internacional e da prevalência de suas normas em relação a toda normatividade interna, seja ela anterior ou posterior”.

¹⁰ PIRES, Alex Sander Xavier. *Direito Sumular. Construindo uma teoria*. Rio de Janeiro: 2009.

¹¹ “Neste ponto, constatou-se que a Súmula Vinculante se adequa às premissas básicas do princípio da participação, haja vista que, desde a integração ao texto constitucional (*vide* EC nº 45/2004), passou à condição de norma de sobreposição e, a um só tempo, assumiu a condição de instituto (validada na Constituição de 1988 para ser utilizada pelo Supremo Tribunal Federal, ambos instituições sociais) e de instrumento capaz de garantir que a função judiciária fosse revista, em vias do órgão de cúpula ter condições de atingir a sua função de guardião da Constituição, via criação de normas hábeis a dar fruição a direitos e deveres constitucionais pela obrigatoriedade de aplicação de teses jurídicas sobre unívoca e estável interpretação que contribui para o acesso aos bens sociais escolhidos na posição original.” PIRES, Alex Sander Xavier. *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: 2016, p.393.

decorrente de complementação de lacunas técnicas que, por inércia, se tornaram em inconstitucionalidade por omissão, permitindo a construção de decisão para o caso com base em interpretação construtiva diretamente do texto constitucional, completando o texto infraconstitucional faltante ou mesmo alterando o texto legal para que seja adotada a solução constitucionalmente obrigatória, como se vê no caso decidido na ADI 4650 da relatoria do Min. Luiz Fux, julgado em 17/09/2015, Tribunal Pleno, onde se explicita a técnica da sentença aditiva.

No referido julgado, ficou assentado que a sentença de perfil aditivo é técnica de decisão utilizada por cortes constitucionais, em atuação normativa subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para disciplinar determinada matéria após o decurso de prazo razoável. Destacou-se a necessidade de uma postura particularista e expansiva da Suprema Corte na salvaguarda dos princípios democráticos, sendo certo que a postura particularista do Supremo Tribunal Federal, no exercício da *judicial review*, é medida que se impõe nas hipóteses de salvaguarda das condições de funcionamento das instituições democráticas de modo a corrigir as patologias que desvirtuam o ordenamento constitucional, mormente quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política, bem assim, protegendo os interesses e direitos dos grupos políticos minoritários, cujas demandas dificilmente encontram eco nas deliberações majoritárias.

Ponderou o Supremo Tribunal Federal que o atual marco teórico dos diálogos constitucionais repudia a adoção de concepções juriscênticas no campo da hermenêutica constitucional, na medida em que preconiza, descritiva e normativamente, a inexistência de instituição detentora do monopólio do sentido e do alcance das disposições magnas, além de atrair a gramática constitucional para outros fóruns de discussão, que não as cortes. Sublinha que o desenho institucional erigido pelo constituinte de 1988, mercê de outorgar à Suprema Corte a tarefa da guarda precípua da Lei Fundamental, não erigiu um sistema de supremacia judicial em sentido material (ou definitiva), de maneira que seus pronunciamentos judiciais devem ser compreendidos como última palavra provisória, vinculando formalmente as partes do processo e finalizando uma rodada deliberativa acerca da temática, sem, em consequência, fossilizar o conteúdo constitucional.

Arrematou que a prolatação de uma “sentença aditiva de princípio” ou “sentença-delegação”, técnica de decisão comumente empregada em Cortes Constitucionais, em ordem a instar o legislador a disciplinar a matéria, bem assim a delinear diretrizes que devem ser por ele delineadas quando da elaboração da norma, exurgindo como método decisório necessário em casos em que o debate é travado nos limites do direito posto e do direito a ser criado. Ademais, frisou a Corte Suprema, a atuação do Judiciário seria apenas subsidiária e excepcional, somente se legitimando em caso de *inertia deliberandi* do Congresso Nacional para regular a matéria após o transcurso de prazo razoável, incapaz de afastar a prerrogativa do Parlamento, quando e se quisesse instituir uma nova disciplina, em razão de eventual preferência de lei.

No presente caso, o Supremo Tribunal Federal trouxe como tema a instigante técnica das sentenças aditivas ou modificativas-manipulativas, de uso subsidiário e excepcional por parte da Corte Suprema na colmatação de omissões legislativas, somente se legitimando em casos de *inertia deliberandi* do Congresso nacional para disciplinar determinada matéria após prazo irrazoável de lacuna técnica¹².

Destaca o Supremo Tribunal Federal que a sentença aditiva se legitima apenas nos casos de inércia irrazoável – progressão da lacuna técnica para inconstitucionalidade por omissão – a qual não afasta a prerrogativa do Parlamento de instituir, posteriormente, nova disciplina legal que substituirá a decisão aditiva ou modificativa, sendo estas submetidas à condição resolutiva da edição de regramento pelo Poder Legislativo.

Nesse caso, o Judiciário remove o obstáculo criado pela omissão legislativa para editar e disciplinar a norma disciplinadora faltante, remoção promovida pela formulação supletiva da decisão aditiva.

Veja-se que não há malferimento à separação de poderes nos casos em que cabível a sentença aditiva, pois um direito previsto constitucionalmente (ex.: greve) não pode ficar submetido ao juízo de oportunidade e conveniência do Poder Legislativo.

Não cabe ao legislador inobservar o que se verifica já de uma vontade hipotética do legislador ou de solução constitucionalmente obrigatória (ex.: editar um código de defesa do consumidor). Ocorre, no caso, a necessidade de uma solução obrigatória da perspectiva constitucional, uma vez que ao legislador não é dado escolher se concede ou não um direito constitucionalmente previsto, podendo dispor, tão somente, sobre a adequada configuração de sua disciplina.

Como já foi dito, o ingresso dos Tratados sobre Direitos Humanos pode tomar forma de Emendas Constitucionais ou agregar eficácia de supralegalidade, incorporando-se ao bloco de constitucionalidade. Não cria nova espécie normativa no art.59 da Constituição Federal, o que preserva o conceito de legalidade, o qual consiste na submissão a todas as espécies normativas elaboradas em conformidade com o processo legislativo constitucional. Mesmo nos casos de reserva legal absoluta, quando a Constituição exige a disciplina integral de seu texto por meio de lei em sentido formal, o Tratado ou suprirá a falta da legislação, inclusive com a possibilidade de emissão de sentença aditiva pelo Poder Judiciário, ou poderá pôr cobro a restrição à Direito Fundamental por meio de controle de convencionalidade ou de constitucionalidade, conforme o Tratado tenha ou não sido submetido ao rito do §3º do art. 5º da Constituição Federal.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, tomo VI. Coimbra: 2001, p. 79-83. "Nas decisões aditivas (também nas ditas modificativas ou manipulativas) a inconstitucionalidade detectada não reside tanto naquilo que ela não preceitua; ou, por outras palavras, a inconstitucionalidade acha-se na norma na medida em que não contém tudo aquilo que deveria conter para responder aos imperativos da Constituição. E então, o órgão de fiscalização acrescenta (e acrescentando modifica) esse elemento que falta. Uma lei, ao atribuir um direito ou uma vantagem (vg., uma pensão) ou ao adstringir a um dever o ônus (vg., uma incompatibilidade) contempla certa categoria de pessoas e não prevê todas as que se encontram."

5. Conclusão

Os fenômenos da judicialização e do ativismo judicial, ainda por muito tempo, despertarão ódios e paixões. É certo que a Constituição de 1988, que chegou no fluxo de redemocratização do Brasil, trouxe consigo amplo acesso ao judiciário e não se pode desconsiderar alguns excessos em razão de demandas exóticas ou decisões desarrazoadas, mas tudo fruto da redemocratização e da nova perspectiva que a normatividade da carta constitucional permitiu em termos de concretização de direitos para a cidadania.

Com uma Carta plena de direitos, muitas vezes vazados em termos genéricos e plurissignificativos, não é de se admirar que o Poder Judiciário venha sendo chamado a completar comandos constitucionais que suportem prestações positivas, seja na via legislativa, colmatando a normatividade ausente, de forma supletiva e sob condição de eficácia até o advento de legislação disciplinadora posterior, seja determinando obrigações de fazer, no sentido da implementação material de políticas públicas, como se tornaram comuns em sede de saúde e educação, duas chagas abertas em nossa sociedade.

Acresce que tais direitos sociais foram reforçados por adesão da República Federativa do Brasil a Pactos de direitos sociais, com natureza de supralegalidade, indicando aos três poderes, na aplicação dos tratados em face da legislação infraconstitucional, um verdadeiro controle de convencionalidade, haja vista que as convenções de direitos humanos se sobrepõem à legislação ordinária, salvo se observar o processo legislativo das emendas constitucionais, o que conferirá o *status* de texto constitucional, a teor do parágrafo 3º, do art. 5º da Constituição Federal.

Constatou-se que o controle de constitucionalidade por omissão, muitas vezes decorrência de processo de inconstitucionalização de lacunas técnicas, exige do Poder Judiciário a solução prevista na Constituição, não podendo se demitir do *status* de guardião da Constituição, muito menos de mero expectador dos deveres descumpridos pelos Poderes Executivo e Legislativo, ainda que tal situação possa, por vezes, implicar revisão do princípio da separação dos poderes, uma vez que harmonia não se equipara a omissão judicial.

No controle jurisdicional de omissões e de atos dos demais poderes, o Judiciário tem implementado o princípio da proporcionalidade, vergastando eventuais proibições de excesso, proibições de retrocesso e, na vertente das prestações positivas, a vedação de proteção deficiente ou insuficiente.

Na aplicação do princípio, deve ainda o Poder Judiciário ocupar-se da aferição do cumprimento dos subprincípios da adequação (atingimento do fim colimado), necessidade (aferição de inexistência de outro meio menos gravoso) e da proporcionalidade em sentido estrito (relação custo/benefício entre a constrição e o benefício obtido).

O complexo manejo do ordenamento jurídico com o objetivo de garantir a fruição de um mínimo existencial (saúde, educação, segurança etc.), no atual panorama

de ausência de recursos públicos, traz a necessidade de observância do princípio da reserva do possível, em face das prestações positivas justamente reclamadas, pois, no afã de garantir um direito, pode o Judiciário frustrar outros tantos direitos, daí as críticas que muitas vezes são direcionadas ao seu ativismo em sede de direitos sociais.

Viu-se que crescem as oportunidades de edição de sentenças aditivas e modificativas e não seria demasiado prever que tais técnicas de sentença vão ao encontro das novas técnicas processuais de garantia de direitos, como se pode constatar pelas tutelas provisórias do atual ordenamento processual civil brasileiro.

O fluxo dos direitos previstos nas normas constitucionais tem agora uma nova perspectiva de efetivação e caberá ao Poder Judiciário importante papel de proa rumo a uma sociedade mais justa e solidária.

Bibliografia

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.37.

ARAÚJO, Eugênio Rosa de. *Direito Econômico & Financeiro*, 3ª ed. Niterói: Impetus, 2013.

_____. Recensão *Metodologia da Ciência do Direito* Karl Larenz. Rio de Janeiro: Cadernos Temáticos. Parte da Revista da Emarf, 2006.

_____. *Resumo de Direitos Humanos Fundamentais*. Doutrina e Jurisprudência Seleccionada.

BARCELLOS, Ana Paula. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político no espaço democrático. RDE. *Revista de Direito do Estado*. Ano 1, nº 3:17-54, jul./set. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. Revista de Direito do Estado nº 13, p.71-91, jan./mar. 2009.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma Teoria das Políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, s/d, p.573-590.

_____. *Um olhar jurídico-constitucional sobre a judicialização da política e a politização da justiça*. Tópicos para uma intervenção sobre o judiciário, Lisboa: Supremo Tribunal de Justiça, 26/4/2007.

CITTADINO, Giselle. Poder Judiciário, ativismo judicial e democracia. *Revista da Faculdade de Direito de Campos*, ano II, nº 2 e ano III nº 3 - 2001-2002, p.135-136.

DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. Tradução de Nelson Boeira, São Paulo: Martins Fontes, 2002.

ENGISCH, Karl. *Introdução ao Pensamento Jurídico*, 7ª ed. Tradução de J. Baptista Machado, Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1996, p.257.

GARRIDO, Alexandre *et alii*. In: Edição Especial de Dezembro de 2008, da *Revista da Faculdade Nacional de Direito da UFRJ*, vol. 1, nº 3. Rio de Janeiro: Faculdade Nacional de Direito, p.38.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do Direito*, 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.92-93.

_____. *O direito posto e o direito pressuposto*, 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002. p.236-238.

GUASTINI, Riccardo. *Das fontes às normas*. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.303-304.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*, 5ª ed. Tradução de José Lamago, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p.509.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito dos Tratados*. São Paulo: RT, 2011, p.399-400.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*, Tomo VI, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p.79-83.

NABAIS, José Casalta. *O Dever Fundamental de Pagar Impostos*. Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA, Claudio Ladeira de. *Direito como integridade e ativismo judicial: algumas considerações acerca de uma decisão do Supremo Tribunal Federal*. <http://www.fdv.br/sisbib/index.php/direitosegarantias/article/view/642>. Acessado em: 7/6/2016.

PIRES, Alex Sander Xavier. *Súmula Vinculante e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: 2016, p.393.

_____. *Direito Sumular. Construindo uma teoria*. Rio de Janeiro: 2009, p.198.

RIBEIRO, Ricardo Lodi. *Justiça, Interpretação e Elisão Tributária*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

SILVA, Virgilio Afonso. *Direitos Fundamentais*. Conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2ª ed. 2ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUZA NETO, Claudio Pereira. *A justiciabilidade dos Direitos Sociais: críticas e parâmetros*. *RDE. Revista de Direito do Estado*, ano 4, nº 13:133-169, jan./mar. 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

_____. *Normas de Interpretação e Integração no Direito Tributário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

VIANNA, Luiz Werneck *et alii*. *A Judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

VIEIRA, Oscar Vilhena. *Supremocracia*. Revista Direito GV. São Paulo: 4, jul.-dez. 2008, p.441-464.

Jurisprudência

Brasil ADI 4650 / DF - DISTRITO FEDERAL /jurisprudencial/ ADI4650/DF - DI AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Relator(a): Min. LUIZ FUX Julgamento: 17/09/2015 Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Brasil ARE 745745 AgR / MG - MINAS GERAIS /jurisprudencial/ ARE AgR745745 AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO Relator(a): Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 02/12/2014, Órgão Julgador: Segunda Turma.

Brasil RE 466343/SP – SÃO PAULO RECURSO EXTRAORDINÁRIO Relator: Min. CEZAR PELUSO julgamento: 3/12/2008 Órgão julgador: Tribunal Pleno.