

Entre o guardião de promessas e o superego da sociedade

Limites e possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO

Sumário

1. Introdução. 2. O Judiciário boca da lei, guardião de promessas e superego da sociedade órfã. 3. O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade brasileira. 3.1. O caso do benefício assistencial. 3.2. O caso das uniões homoafetivas. 3.3. O caso do aborto de anencéfalos. 3.4. O caso do FPE. 3.5. A supremacia da jurisdição constitucional no Brasil. 4. Limites e possibilidades da judicialização da política no Brasil. 4.1. A autocontenção. 4.2. A inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos. 4.3. Os diálogos institucionais. 5. Conclusão.

1. Introdução

A função do Judiciário como instituição democrática tem passado por transformações substanciais tanto no Brasil como no exterior, sobretudo a partir de meados do século XX.

Embora esse Poder tenha sido inicialmente idealizado como órgão responsável pela mera pronúncia da norma preestabelecida pelo legislador, após a Segunda Guerra Mundial, ele se desenvolveu, na grande maioria das democracias ocidentais, como instância responsável pela garantia dos direitos fundamentais e pelo controle dos atos do poder público. Nessa conjuntura, o Poder Judiciário transformou-se em importante interveniente do processo democrático.

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e sujeita a controle. Caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, com preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

José dos Santos Carvalho Filho é mestre em Direito Constitucional. Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público. Assessor de Ministro do Supremo Tribunal Federal.

O objetivo do presente artigo é apresentar um panorama geral sobre os limites e as possibilidades da jurisdição constitucional no Brasil.

Inicialmente, perpassa-se pelo direito comparado para apresentar o histórico da redefinição de competências dos poderes públicos no mundo, bem como a justificação do protagonismo do Judiciário. Em seguida, analisa-se a experiência da Alemanha, onde o exercício das novas funções do poder revela que houve excessos capazes de configurá-lo como o principal gestor da vida em sociedade, independentemente das decisões das instituições políticas clássicas.

Partindo-se da hipótese de que o fenômeno tende a se reproduzir em todos os locais onde os limites da jurisdição constitucional não sejam estritamente delimitados, analisam-se alguns julgamentos do Supremo Tribunal Federal, os quais permitem constatar, também no Brasil, a existência de decisões judiciais que colocam o Poder Judiciário em posição de preeminência em relação aos demais Poderes.

Constatada essa situação, apresentam-se algumas reflexões sobre a necessidade de fixar limites à atuação do Judiciário no Brasil. Embora as sugestões não sejam exaustivamente desenvolvidas, elas permitem vislumbrar modelo de separação de Poderes no qual as funções públicas são exercitadas de forma harmônica e interdependente.

2. O Judiciário boca da lei, guardião de promessas e superego da sociedade órfã

O Judiciário contemporâneo é muito distinto daquele vislumbrado por Montesquieu (2000) quando da sistematização da separação dos Poderes. Em sua obra “O espírito das leis”, o pensador francês demonstrou profunda preocupação com a proteção da liberdade e idealizou o sistema de repartições de funções estatais

como forma de garanti-la. Partiu-se da premissa segundo a qual o poder tende a corromper-se, razão pela qual se torna imperiosa a sua disseminação sobre a maior quantidade de instituições/pessoas, a fim de que sejam controlados os abusos (FACHIN, [2011?], p. 205-220).

O autor identificava três funções estatais: o poder legislativo; o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes; e o poder executivo daqueles que dependem do direito civil (MONTESQUIEU, 2000, p. 160). Acrescenta o autor que “tudo estaria perdido se o mesmo homem, ou o mesmo corpo dos principais, ou dos nobres, ou do povo exercesse os três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as querelas entre os particulares” (MONTESQUIEU, 2000, p. 168).

É nessa ideologia que Montesquieu (2000) desenvolve o sistema de separação dos poderes, pelo qual o poder exerce controle sobre o próprio poder. Não decorre dessa organização, contudo, que os três poderes tenham a mesma força e sejam igualitários. Ao contrário, a visão de Montesquieu acerca do Judiciário revela que este seria um poder praticamente nulo, limitado à aplicação da lei aos casos concretos, a boca que pronuncia a norma estabelecida pelo legislador (MONTESQUIEU, 2000, p. 175). A teoria de Montesquieu foi desenvolvida com foco no princípio da supremacia da lei.

Essa concepção originária de organização das funções estatais não se coaduna com os estados democráticos de direito da atualidade, pois houve uma mudança estrutural nas competências institucionais, sobretudo nas atribuídas ao Poder Judiciário.

O artigo 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, já estipulava que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada, não possui Constituição” (FRANÇA, 1789).

A propósito, Ingo Sarlet (2009, p. 59) ensina que, a partir dessa formulação paradigmática, lançaram-se as bases do que passou a ser o núcleo material das primeiras Constituições escritas, de matriz liberal: limitação jurídica do poder estatal, por meio da separação dos poderes e da garantia de alguns direitos fundamentais.

A partir do século XX, verifica-se que o fenômeno do constitucionalismo acarreta mudanças estruturais nas funções do Poder Judiciário. Os pilares do Estado de Direito (supremacia da lei, separação dos poderes e definição de direitos fundamentais como direitos subjetivos) foram aperfeiçoados pelo que se convencionou chamar de Estado Constitucional de Direito, o qual se caracteriza por fundamentar-se em três novos paradigmas: supremacia da Constituição; interdependência dos poderes; e dimensão objetiva dos direitos fundamentais (CARVALHO FILHO, 2009, p. 221-225).

A Constituição passa a ser fonte primeira do ordenamento jurídico-positivo; a separação das funções do Estado cede lugar a uma atuação coordenada, interdependente e harmônica dos Poderes Públicos; e os direitos fundamentais, além da perspectiva de direitos subjetivos de defesa dos cidadãos, passaram a ser visualizados como valores do Estado, em reconhecimento da dimensão objetiva (PIEROTH; SCHLINK, 2012, p. 67).

Assim, a intervenção judicial, que inicialmente era prevista apenas para resolução de conflitos de interesse nos termos e limites preestabelecidos pela lei, expandiu-se também para a proteção dos direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade das leis e a interação harmônica entre os poderes públicos.

Ao analisar o Judiciário contemporâneo, Eugênio Zaffaroni (1995, p. 37) leciona:

“Certamente que o judiciário presta o serviço de resolver conflito entre pessoas, mas também presta outro serviço, que consiste em controlar que, nessas realizações normativas entre Estado e pessoas, o primeiro respeite as regras constitucionais, particularmente quanto aos limites impostos pelo respeito à dignidade da pessoa humana.”

Nesse contexto, o Poder Judiciário, como guardião da Constituição e protetor dos direitos fundamentais, passa a ser interveniente importante do processo democrático.

Paralelamente, o Estado também passou por significativas transformações nas esferas política e social, que culminaram em um processo de descrença das instituições políticas, razão pela qual se perderam os referenciais político-institucionais que nortearam o Estado moderno. Em consequência da despolitização do sujeito e de sua fragilidade, ganha ain-

da mais destaque o Judiciário como instância promotora de expectativas frustradas (MORAIS, 2010).

Em 1952, o jurista francês Antoine Garapon analisou o fenômeno da ampliação de poderes do Judiciário, em obra intitulada “O juiz e a democracia: o guardião de promessas”, na qual o apresenta como instância de resgate dos ideais de Justiça, na medida em que o juiz se torna terceiro imparcial que compensa o déficit democrático da atuação ineficiente dos poderes políticos (Legislativo e Executivo). Leciona o autor:

“O sucesso da justiça é inversamente proporcional ao descrédito que afeta as instituições políticas clássicas, causado pela crise de desinteresse e pela perda do espírito público. A posição de um terceiro imparcial compensa o ‘déficit democrático’ de uma decisão política agora voltada para a gestão e fornece à sociedade a referência simbólica que a representação nacional lhe oferece cada vez menos” (GARAPON, 1999, p. 48).

O Judiciário transforma-se no guardião de promessas constitucionais; além de intervir para a proteção da Constituição e dos direitos fundamentais, passa a ter como função institucional a recuperação da democracia (MORAIS, 2010).

Essa modificação é, a princípio, positiva, pois o Judiciário eleva-se ao nível dos outros Poderes, para tornar-se o terceiro gigante – ao lado do Legislativo e do Executivo –, o que pode contribuir para o aperfeiçoamento da democracia, pois o Judiciário independente é capaz de resistir a decisões circunstanciais da maioria que violem a Constituição. Assim, o crescimento do Judiciário é necessário ao equilíbrio dos três Poderes (CAPPELLETTI, 1993, p. 107).

Ocorre que a absorção de novas competências precisa estar associada à imposição de limites e à sujeição a controle; caso contrário, arrisca-se a permitir abusos e a instalação de um superpoder, que tem preponderância em relação aos demais órgãos constitucionais.

Nessa conjuntura, o agigantamento do Judiciário também foi analisado no constitucionalismo alemão, a partir da obra de Ingeborg Maus (2000) intitulada “O Judiciário como superego da sociedade órfã”, na qual a autora recorre a conceitos de psicologia para explicar – em analogia à figura do pai que representa o superego do filho – que as instituições políticas eram responsáveis por organizar a sociedade. Entretanto, a partir da crise democrática e da desconfiança em relação às clássicas instituições políticas, a sociedade viu-se “órfã”, razão pela qual sentiu necessidade de procurar novo gestor da vida em sociedade, novo superego: o Judiciário (MAUS, 2000, p. 183-202).

Segundo a autora, o Judiciário alemão extrapolou suas competências constitucionais para se tornar um superpoder, não sujeito a limites ou

controle. Alexandre Bahia (2005) explica com propriedade as críticas de Maus (2000) à hipertrofia do Judiciário:

“Maus, ao reconstruir a história do Judiciário na Alemanha, desde o século XIX, mostra que, inicialmente, este assimilou os princípios liberais de vinculação às leis gerais e abstratas, além da limitação à interpretação da lei pelo juiz (*juiz bouche de la loi*). No entanto, após esse primeiro período, o Judiciário alemão vai progressivamente perdendo aquela vinculação estrita à lei à medida que cresce uma autocompreensão peculiar quanto a seu papel na aplicação do Direito.

(...)

A independência do Judiciário passou a significar, muito mais do que independência funcional frente aos demais poderes, uma desvinculação à autoridade das leis e da Constituição. A emergência de um Direito suprapositivo fez com que a Corte Constitucional, além de aumentar, por conta própria, suas funções, se considerasse competente para julgar até a própria Constituição, dando-lhe a interpretação que lhe parecesse melhor” (BAHIA, 2005, p. 10-12).

O trabalho de Ingeborg Maus (2000) ultrapassou as fronteiras da Alemanha, principalmente porque o fenômeno da protagonização do Judiciário como agente político não foi exclusivo daquele país. Neste trabalho, objetiva-se verificar em que medida a atuação do Judiciário brasileiro, notadamente do Supremo Tribunal Federal, assemelha-se ao superego identificado por Maus, bem como as conformações sistêmicas que podem ser adotadas para superar o fenômeno da supremacia judicial.

3. O Supremo Tribunal Federal como superego da sociedade brasileira

A existência de uma Constituição analítica, que estabelece extenso rol de direitos fundamentais dos cidadãos, propiciou amplo leque de

possibilidades para o exercício do controle de constitucionalidade no Brasil, a partir de 1988.

Outra consequência da Constituição cidadã foi a abertura procedimental da jurisdição constitucional. A onda de democratização¹ e a facilidade de acesso à justiça, por meio de benefícios como a isenção de custas e a advocacia gratuita aos mais necessitados, acarretou progressivo aumento na judicialização dos conflitos sociais.

Assim, a facilitação do acesso à justiça, associada à ampliação dos parâmetros para o controle de constitucionalidade, acarretou o fortalecimento da jurisdição constitucional no Brasil. Acresça-se, ainda, que o aperfeiçoamento das técnicas de decisão em controle de constitucionalidade² permitiu ao Supremo Tribunal Federal enfrentar problemas que não poderiam ser solucionados pelo simples binômio inconstitucionalidade-nulidade absoluta da lei.

Nesse contexto, a participação do Judiciário no processo de tomada de decisões importantes para a toda sociedade tornou-se cada vez mais frequente. O Supremo Tribunal Federal, última instância do Judiciário brasileiro, tomou as páginas dos noticiários. Atualmente, é difícil encontrar uma decisão política relevante no Estado brasileiro que não tenha sido objeto de judicialização.

O controle da justiça sobre a vida política é tão crescente que nada mais escapa da apreciação judicial. Houve verdadeira explosão do contencioso, crescimento e multiplicação das

¹ O termo “onda” é utilizado por Mauro Cappelletti para apresentar as soluções práticas para os problemas de acesso à justiça (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 31 et seq.).

² Além da modulação temporal de efeitos das decisões que declaram a inconstitucionalidade de normas jurídicas (art. 27 da Lei nº 9.868/1999), o Supremo Tribunal Federal também pode adotar as seguintes técnicas de decisão: declaração de nulidade parcial; declaração de nulidade parcial sem redução de texto; interpretação conforme à Constituição; decisão manipulativa de efeitos aditivos; declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade; e declaração de lei ainda constitucional (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1398-1427).

jurisdições, que se diversificam e afirmam suas autoridades, cada dia mais um pouco (GARAPON, 1999, p. 24).

Analisa-se, nas próximas linhas, algumas decisões do Supremo Tribunal Federal³, para verificar em que medida a Corte, ao ocupar a posição de depositário de expectativas frustradas dos cidadãos, extrapola os limites de sua competência, transformando-se no superego da sociedade brasileira, no sentido de superpoder identificado por Maus (2000).

3.1. O caso do benefício assistencial⁴

A Constituição da República, no art. 203, prevê que a assistência social será prestada aos que dela necessitarem, independentemente de contribuição social. O inciso V do referido dispositivo prevê a garantia de um salário mínimo de benefício ao idoso e a pessoas com deficiência que comprovarem hipossuficiência.

A Lei de Organização da Assistência Social (LOAS), Lei nº 8.742/1993, ao regulamentar o art. 203, V, da Constituição da República, explicitou os requisitos para a concessão de benefício assistencial no valor mensal de um salário mínimo aos idosos e aos deficientes que, comprovadamente, não tenham meios para prover a manutenção própria ou de tê-la provida por sua família.

Entre os critérios estipulados, determinou-se o requisito objetivo de comprovação da incapacidade do idoso ou do deficiente para sustento próprio ou pela família. A lei limitou o benefício às pessoas cuja renda familiar mensal *per capita* seja inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo.

Ocorre que, em razão da heterogeneidade de casos, tal critério passou a sofrer ponderações em sua aplicação, em virtude de questionamentos judiciais – a política pública do benefício assistencial foi judicializada. Com base em fundamentos constitucionais, muitos Juízos admitiam outras formas de comprovação da hipossuficiência.

O critério de capacidade financeira estabelecido pela lei, portanto, teve sua constitucionalidade contestada, ao argumento de possibilitar que situações de patente miserabilidade social fossem consideradas fora do alcance do amparo social (omissão parcial inconstitucional).

³ Os precedentes comentados foram selecionados de modo aleatório e a escolha justificou-se por se caracterizarem como julgamentos peculiares, seja porque houve apreciação judicial de questões morais (casos da união homoafetiva e do aborto de anencéfalo), seja em virtude da inovação elaborada para a resolução de conflitos tipicamente jurídicos (casos do benefício assistencial e do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal). A propósito, registre-se que a densidade da Constituição brasileira permite a judicialização tanto questões tipicamente jurídicas quanto de conflitos morais que são caracterizados também como jurídicos.

⁴ Sobre o caso, recomenda-se leitura de Carvalho Filho (2012, p. 25-48).

Nesse contexto, proliferaram divergências jurisprudenciais sobre o tema, o que motivou o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.232 no Supremo Tribunal Federal.

Ao final do julgamento, a Suprema Corte julgou improcedente o pedido formulado, em decisão assim ementada:

“Constitucional. Impugna dispositivo de lei federal que estabelece o critério para receber o benefício do inciso V do art. 203, da CF. Inexiste a restrição alegada em face ao próprio dispositivo constitucional que reporta à lei para fixar os critérios de garantia do benefício de salário mínimo à pessoa portadora de deficiência física e ao idoso. Esta lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do estado. Ação julgada improcedente” (BRASIL, 2001).

Esse julgado, contudo, não resolveu a controvérsia quanto à aplicação em concreto do critério da renda familiar *per capita* estabelecido pela LOAS, na medida em que vários Juízos continuaram a elaborar construções hermenêuticas com o escopo de contornar o critério objetivo e avaliar o real estado de miserabilidade social dos idosos e deficientes.

Em decorrência do entendimento divergente, inúmeras reclamações foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal, que, em um primeiro momento, julgou procedentes tais ações (BRASIL, 2005, 2007b), mas, posteriormente, passou a flexibilizar sua orientação originária (BRASIL, 2007a).

O STF reconheceu a repercussão geral do tema nos Recursos Extraordinários nºs 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, e 567.985, Rel. Min. Marco Aurélio, oportunidades em que sinalizou a possibilidade de revisão do julgamento proferido na ADI nº 1.232.

O mérito desses processos foi julgado em 19/4/2013, tendo a Corte declarado a inconstitucionalidade do critério objetivo, diante da omissão parcial inconstitucional do legislador,

razão por que reviu o anterior entendimento vinculante, que fora proferido por ocasião do julgamento de ação direta de inconstitucionalidade.

Mais do que isso, o confronto analítico entre a fundamentação da ADI nº 1.232 e a dos recursos extraordinários com repercussão geral evidencia a similitude de argumentos. Em síntese, a motivação diz respeito à omissão parcial do legislador infraconstitucional.

Não obstante, as conclusões a que a Corte chegou ao julgar os processos foi diametralmente oposta. Fatores externos ao mundo jurídico, como o transcurso do tempo e a mudança da composição da Corte, podem ter influenciado essa virada hermenêutica. Entretanto, o problema visualizado é que o Supremo Tribunal Federal superou orientação consolidada e com efeito vinculante pelos mesmos argumentos que já haviam sido analisados e refutados no julgamento da ADI nº 1.232.

3.2. O caso das uniões homoafetivas

O art. 1.723 do Código Civil brasileiro preceitua que “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Tal dispositivo regulamenta normas constitucionais acerca da proteção da família e praticamente reproduz o art. 226, § 3º, da Constituição, segundo o qual: “Para efeito de proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Verifica-se que tanto a Constituição quanto o Código Civil reconhecem expressamente como união estável apenas a convivência pública e duradoura entre homem e mulher.

Por outro lado, a própria Constituição enuncia princípios incompatíveis com essa restrição, como o da proibição de preconceitos em razão de origem, raça, sexo, cor, idade ou quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, IV, da CF).

É nesse âmbito que exsurge o problema social do não reconhecimento pelo Estado de uniões entre pessoas do mesmo sexo (uniões estáveis homoafetivas), e a questão é judicializada.

O Supremo Tribunal Federal recebeu duas ações constitucionais importantes sobre o tema: a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.277; e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132.

Referidas ações foram julgadas conjuntamente em 5/5/2011, quando a Suprema Corte proferiu decisão assim ementada, no ponto que interessa:

“(…)

4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECEER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE ‘ENTIDADE FAMILIAR’ E ‘FAMÍLIA’. A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no § 3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia ‘entidade familiar’, não pretendeu diferenciá-la da ‘família’. Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado ‘entidade familiar’ como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proibe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese *sub judice*. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equivalência jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem ‘do regime e dos princípios por ela adotados’, *verbis*: ‘Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte’.

(…)

6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA

'INTERPRETAÇÃO CONFORME'). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAfetiva COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de 'interpretação conforme à Constituição'. Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroaferaiva" (BRASIL, 2011a).

O Supremo Tribunal Federal legitimou o reconhecimento de uniões homoafetivas como entidades familiares, declarando que o Código Civil deve ser interpretado conforme à Constituição no ponto em que restringe a proteção estatal das uniões estáveis aos casais heteroaferivos.

Como a própria Constituição também possui texto literal – desde a redação originária (art. 226, § 3º) – em que reconhece como família apenas as uniões estáveis entre homem e mulher, o STF procedeu à interpretação teleológica dessa norma, para sustentar que seu objetivo é igualar homens e mulheres, e não discriminar relações entre iguais (pessoas do mesmo sexo).

De qualquer forma, percebe-se que o Supremo Tribunal Federal invocou princípios constitucionais para adotar orientação contrária a enunciado exposto do Código Civil e da própria Constituição, o que faz surgir dúvidas sobre os limites da atuação judicial, uma vez que o raciocínio hermenêutico pode ser articulado de modo a conduzir ao resultado desejado.

3.3. O caso do aborto de anencéfalos

Aborto significa a interrupção da gravidez com a consequente morte do feto (JESUS, 2007, p. 430). O ordenamento jurídico brasileiro criminaliza a prática de aborto. Os arts. 124 a 126 do Código Penal tipificam tanto a conduta da gestante de autoaborto e de consentimento para o aborto como a de terceiro, que realiza aborto com ou sem o consentimento da mãe.

O art. 128 da lei penal, contudo, prevê duas hipóteses em que a realização de aborto não é punida: 1) aborto necessário, autorizado quando não há outro meio para salvar a vida da gestante; e 2) aborto no caso de gravidez resultante de estupro, permitido quando a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido de consentimento da gestante ou de seu representante legal, caso ela seja incapaz.

Sucedem que o avanço da medicina e o desenvolvimento de recursos tecnológicos permitem, atualmente, evidenciar a viabilidade do feto

em formação, desde os primeiros meses de gravidez. É possível identificar com alto grau de precisão, por exemplo, a malformação do cérebro que inviabiliza por completo a vida extrauterina (anencefalia).

Embora o Código Penal não tenha legitimado a prática de aborto em casos como esse, a Constituição previu o princípio da dignidade da pessoa humana como norma estruturante de onde emanam os direitos fundamentais (BRANCO; MENDES, 2012, p. 158-161).

Assim, passou-se a sustentar que o impedimento legal de a gestante interromper a gravidez nos casos de diagnóstico de inviabilidade de vida extrauterina do feto não seria compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a continuidade da gravidez seria conduta absolutamente inexigível da mãe.

Surgido o problema social, a questão foi judicializada e apresentada ao Supremo Tribunal Federal, onde se ajuizou a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 54.

A ação foi definitivamente apreciada em 12/4/2012, oportunidade em que o STF julgou procedente, para excluir do tipo penal do aborto a interrupção da gravidez de feto anencefálico. O acórdão foi assim ementado:

“ESTADO – LAICIDADE. O Brasil é uma república laica, surgindo absolutamente neutro quanto às religiões. Considerações. FETO ANENCÉFALO – INTERRUPTÃO DA GRAVIDEZ – MULHER – LIBERDADE SEXUAL E REPRODUTIVA – SAÚDE – DIGNIDADE – AUTODETERMINAÇÃO – DIREITOS FUNDAMENTAIS – CRIME – INEXISTÊNCIA. Mostra-se inconstitucional interpretação de a interrupção da gravidez de feto anencéfalo ser conduta tipificada nos artigos 124, 126 e 128, incisos I e II, do Código Penal” (BRASIL, 2013a).

A partir dessa decisão, portanto, passaram a existir três hipóteses em que a realização de

aborto no Brasil não é punida: 1) aborto necessário; 2) aborto em gravidez decorrente de estupro; e 3) aborto de feto anencefálico (aborto eugênico). Apenas as duas primeiras hipóteses têm expressa previsão legal, pois a terceira decorreu de orientação jurisprudencial com efeitos *erga omnes* e vinculantes.

Registre-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal foi tomada enquanto a questão estava pendente de deliberação no Congresso Nacional. A propósito, o Projeto de Lei do Senado nº 50/2011 (BRASIL, 2011b) dispõe exatamente que não se pune o aborto no caso de feto com anencefalia, se precedido de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal. Esse projeto de lei tem conteúdo idêntico ao entendimento do Judiciário, mas este Poder, por sentença aditiva, antecipou a resolução da controvérsia social, independentemente de deliberação legislativa⁵.

3.4 O caso do FPE⁶

O Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (FPE) consiste na parcela destinada aos Estados e ao Distrito Federal decorrente da repartição de receita tributária arrecadada pela União a título de imposto de renda e de imposto sobre produtos industrializados.

A previsão constitucional do fundo consta do art. 159, I, “a”, da Constituição, segundo o qual:

⁵ Consigne-se que, em reação à decisão do Supremo Tribunal Federal, a Senadora Maria do Carmo Alves apresentou no Senado Federal o Projeto de Lei nº 287/2012, o qual prevê detenção de três anos para gestante que interrompe ou permite que interrompam gravidez de feto anencéfalo; e estipula pena de reclusão de três a seis anos caso a interrupção se dê sem o consentimento da gestante. Esse comportamento evidencia reação do Legislativo ao que pode ser considerada usurpação de competência pelo Judiciário. Entretanto, é difícil imaginar que esse projeto de lei seja aprovado, mormente após a decisão do Supremo Tribunal Federal.

⁶ Sobre o tema, recomenda-se leitura de Branco e Mendes (2012, p. 1496).

“Art. 159. A União entregará:

I – do produto da arrecadação dos impostos sobre renda e proventos de qualquer natureza e sobre produtos industrializados quarenta e oito por cento na seguinte forma:

a) vinte e um inteiros e cinco décimos por cento ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal.”

Assim, a Constituição determina que 21,5% da receita arrecadada pela União com Imposto Sobre a Renda e Proventos de Qualquer Natureza (IR) e Imposto Sobre Produtos Industrializados (IPI) sejam repassados aos Estados e ao Distrito Federal. A finalidade do FPE é contribuir para o equilíbrio federativo, ao permitir o fornecimento de verba em montante inversamente proporcional à capacidade arrecadatória dos entes federativos.

A propósito, a Constituição determina que lei complementar estabeleça normas sobre a entrega dos recursos do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal, especialmente sobre os critérios de rateio, que devem visar ao equilíbrio socioeconômico entre os Estados.

A Lei Complementar nº 62/1989 regulamentou a disposição constitucional e estabeleceu, inicialmente, que os coeficientes de participação dos Estados e do Distrito Federal vigorariam até 1992. A partir de então, deveriam ser fixados novos critérios por lei específica sobre o tema. Na prática, entretanto, a LC nº 62/1989 foi ratificada sucessivamente pelas Leis Complementares nºs 71/1992, 72/1993 e 74/1994, que prorrogaram a sua vigência indefinidamente.

Assim, o congelamento dos critérios de rateio fez surgir questionamentos em relação à adequação dos coeficientes aplicados, ao fundamento de que eles estariam incompatíveis com o objetivo de promover o equilíbrio federativo.

Argumentou-se que os coeficientes individuais dos Estados foram fixados por força

de acordo político e deveriam vigorar apenas provisoriamente e que a manutenção desse sistema de caráter fixo e estático não permitiria a adaptação dos índices de repasse de acordo com o desenvolvimento econômico adquirido (FGV, 2012, p. 95). A questão foi levada ao Supremo Tribunal Federal por meio de quatro ações diretas de inconstitucionalidade – nºs 875, 1.987, 2.727 e 3.243 –, as quais foram julgadas conjuntamente pela Corte.

Ao apreciar as ações, o STF proferiu a seguinte decisão:

“Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI nº 875/DF, ADI nº 1.987/DF, ADI nº 2.727/DF e ADI nº 3.243/DF). Fungibilidade entre as ações diretas de inconstitucionalidade por ação e por omissão. Fundo de Participação dos Estados – FPE (art. 161, inciso II, da Constituição). Lei Complementar nº 62/1989. Omissão inconstitucional de caráter parcial. Descumprimento do mandamento constitucional constante do art. 161, II, da Constituição, segundo o qual lei complementar deve estabelecer os critérios de rateio do Fundo de Participação dos Estados, com a finalidade de promover o equilíbrio socioeconômico entre os entes federativos. Ações julgadas procedentes para declarar a inconstitucionalidade, sem a pronúncia da nulidade, do art. 2º, incisos I e II, §§ 1º, 2º e 3º, e do Anexo Único, da Lei Complementar nº 62/1989, assegurada a sua aplicação até 31 de dezembro de 2012” (BRASIL, 2010).

Infere-se dessa ementa que o Judiciário encampou a tese dos proponentes das ações diretas e julgou as demandas procedentes. Todavia, diante da necessidade de composição acerca da definição dos novos critérios de repasse, o STF decidiu resguardar a aplicação dos coeficientes já definidos pela lei declarada inconstitucional até o período de 31/12/2012, razão pela qual aplicou a técnica de decisão da declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1416).

O Supremo Tribunal Federal, portanto, fez apelo ao legislador para que adaptasse o texto da norma regulamentadora à Constituição e concedeu-lhe prazo para atuação. Na prática, vê-se que a decisão do STF foi descumprida, pois o Congresso Nacional não logrou êxito em editar a norma no prazo estipulado⁷, o que gerou ponto de tensão entre Legislativo e o Judiciário.

3.5. A supremacia da jurisdição constitucional no Brasil

As decisões expostas permitem evidenciar que o Judiciário brasileiro, representado, neste trabalho, pelo Supremo Tribunal Federal, tem adotado postura bastante ativa no exercício da jurisdição constitucional.

O caso do benefício assistencial possibilita inferir que, a partir do mesmo contexto argumentativo, o Tribunal tomou decisões diametralmente opostas. Além de interpretar as normas jurídicas, o STF reinterpretou-as, sem atentar ao ônus argumentativo de explicitar as razões para a superação do precedente. Em casos tais de reexame, a segurança jurídica é posta de lado.

Além disso, ao fundamento de promover interpretação das leis infraconstitucionais conforme a Constituição, a Corte atribuiu a dispositivos do Código Civil (no caso das uniões homoafetivas) e do Código Penal (no caso dos fetos anencefálicos) sentido contrário ao texto expresso em lei. Em relação às uniões homoafetivas, o Supremo Tribunal foi além e deu interpretação conforme também à norma originária da Constituição que reconhece como entidades familiares as uniões estáveis entre homem e mulher.

⁷ Até junho de 2013, mês de elaboração deste artigo, os novos critérios sobre a repartição da verba do Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal ainda não tinham sido aprovados.

A última decisão analisada – caso do FPE – revela posicionamento inovador por parte do Judiciário: embora a lei analisada tenha sido declarada inconstitucional, o STF resguardou a sua aplicação para o futuro e concedeu prazo para que o Legislativo editasse norma compatível com o texto constitucional. Esse apelo ao legislador representa tentativa de estabelecimento de diálogo entre os Poderes; entretanto, o prazo estipulado pelo Judiciário não foi respeitado, o que ensejou, na realidade, a instalação de ponto de tensão, em virtude do descumprimento da decisão judicial pelo Legislativo.

A apresentação de projeto de lei que criminaliza expressamente o aborto de fetos anencefálicos vai de encontro à orientação do STF, razão pela qual pode ser encarada como reação do Legislativo ao que se considera usurpação judicial de competência normativa. Todo o exposto permite perceber que o Brasil vive atualmente um período de protagonismo judicial. A propósito, sustenta-se o seguinte:

“(…) É muito difundida a opinião de que a Corte constitucional possui o poder da última palavra em temas constitucionais. Essa opinião faz parte do arsenal argumentativo das próprias Cortes. O STF se considera ‘árbitro definitivo da constitucionalidade das leis.’ Entende que sua função ‘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’. E com uma formulação mais simples: ‘Somos os únicos da República, conforme dito várias vezes aqui, que podemos errar por último’” (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 467).

Nesse contexto, constata-se a imperiosidade de conformação da atuação do Judiciário, seja para direcionar à fundamentação racional dos julgados – já que é por meio da fundamentação de suas decisões que o Judiciário se legitima, dialoga com a sociedade e também possibilita

o controle de seus próprios atos (BARROSO, 2012) –, seja para impor limites a esse poder, que invoca a Constituição para dar interpretação conforme a ela própria e contra sentido literal expresso, como o fez no caso das uniões homoafetivas.

É preciso que se pense em um modelo intermediário, entre a supremacia da lei e a preeminência da jurisdição constitucional.

4. Limites e possibilidades da judicialização da política no Brasil

Há vários trabalhos e estudos científicos cujo objeto central é o aparente conflito entre jurisdição constitucional e democracia (SOUZA NETO, 2003).

Por um lado, o Poder Judiciário não é exercido por representantes eleitos do povo, motivo pelo qual lhe faltaria legitimidade para a tomada de decisões políticas concernentes à concretização e implementação de direitos fundamentais dos cidadãos – sobretudo dos direitos sociais, que preponderantemente exigem atuação concreta e material por parte do poder público.

Nesse sentido, Jeremy Waldron (2003, p. 190) sustenta que a regra da maioria, em que as decisões são tomadas pelos destinatários da norma, direta ou indiretamente, é a forma mais equitativa para se enfrentarem situações de desacordo.

Por outro lado, justifica-se a legitimidade do Judiciário pela sua função institucional de guardião da Constituição. Assim, a jurisdição constitucional seria pressuposto da democracia, na medida em que não se pode vislumbrar participação popular em contexto de desrespeito aos direitos fundamentais. O sistema contramajoritário (FRANCO, 2009) de controle de constitucionalidade representaria, assim, mecanismo de autoproteção da própria democracia, destinado a evitar que decisões majoritárias em

dados contextos se sobreponham aos direitos mais essenciais dos indivíduos.

De qualquer forma, são poucos os autores que sugerem, no debate atual, a abolição do controle judicial de constitucionalidade. A preocupação, agora, foca-se nos limites do Judiciário (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 466).

Assim, a discussão relacionada à legitimidade da judicialização da política ou da atuação judicial na tomada de decisões concernentes à concretização de políticas públicas não é objeto de análise deste trabalho, o qual parte do pressuposto da legitimidade do Poder Judiciário para investigar os limites e as possibilidades da atuação judicial.

Tendo em vista que a judicialização da política já é fato no Brasil, impende investigar as consequências desse fenômeno, bem como propor meios para equalizar o exercício das funções institucionais dos poderes públicos, de modo que o princípio da separação dos poderes não seja solapado pela consagração do Judiciário como superpoder do Estado brasileiro.

4.1. Autocontenção

A teoria da autocontenção (*self-restraint*) é muito difundida nos Estados Unidos e consiste na autolimitação do Judiciário.

Se é verdade que a atuação judicial não pode ser passivista a ponto de permanecer sem reação diante de manifestas afrontas ao texto constitucional pelos legisladores, também é verdade que o Judiciário não deve intervir demasiadamente em problemas políticos examinados pelo legislador⁸, pois o juiz que afasta ou reformula leis com base em entendimentos pessoais ultrapassa o limite de suas competências e fere a separação

⁸ A propósito, o art. 68 da Constituição de 1934 previa expressamente que o Judiciário não pode intervir em questões exclusivamente políticas (BRASIL, 1934).

dos poderes (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

O ativismo judicial é duramente criticado por Néviton Guedes (2012), para quem:

“Quando a posição da política ou da moral pessoal do julgador prevalece, deixando em segundo plano o direito legitimamente disposto pelo legislador, o que floresce, de regra, não é a justiça do caso concreto, mas injusta aleatoriedade e indeterminação na atuação do direito. Põe-se por terra a máxima proposição de justiça dos tempos modernos que é, precisamente, a convicção democrática de que qualquer e todo cidadão encontrará no magistrado a determinação de prestar a mesma resposta que, em situação semelhante, lhe teria prestado outro magistrado (*equal under the Law*). O magistrado, certamente bem intencionado, flerta com a justiça do caso concreto, mas acaba dormindo com a aleatoriedade de decisões impostas *ex post facto*, casuísticas, não generalizáveis e quase sempre não isonômicas. Como se vê, em tais situações, perde-se muito em segurança jurídica e não se sabe bem exatamente o que se ganha em justiça”.

Assim, o Judiciário deve pautar-se pela busca do equilíbrio, pela atuação judicial moderada. A autocontenção pode ocorrer tanto em relação ao objeto do controle de constitucionalidade, para que o juiz não intervenha em matérias politicamente controvertidas⁹, como no que diz respeito aos resultados da jurisdição constitucional, de modo que o Judiciário não se sobreponha ao legislador para incluir conteúdo não previsto ou dar interpretação contrária ao sentido literal da lei¹⁰.

⁹No Brasil, percebe-se que o Judiciário tem sido utilizado como instância política à qual os derrotados nas deliberações legislativas recorrem, na tentativa de anular a vitória da maioria. A proteção aos direitos fundamentais e a guarda do Constituição são apenas os argumentos lançados para que praticamente todas as lutas políticas relevantes sejam judicializadas.

¹⁰Os julgamentos dos casos examinados neste trabalho (LOAS, união homoafetiva, aborto de anencéfalos e FPE)

A despeito dessa argumentação, deve-se ter em mente duas dificuldades práticas acerca da doutrina da autocontenção: 1) o limite imposto ao Judiciário é interno e depende de cooperação do próprio juiz para ter operacionalidade, razão pela qual não se prestaria a controlar eventuais desvios ou abusos de poder; 2) a teoria não oferece critérios claros para encontrar o equilíbrio desejável, permitindo divergência judicial sobre as possibilidades de atuação – o que é ativista para um julgador pode não o ser para outro (DIMOULIS; LUNARDI, 2011, p. 469).

4.2. A inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos

Tendo em vista que a Constituição é analítica e principiológica, a jurisdição constitucional representa uma viragem hermenêutica da posição legalista e preestabelecida à interpretação pautada em princípios, na qual a decisão judicial deve ser racionalmente construída e os magistrados têm um campo de atuação elástico.

Diante da plurissignificância de sentido das normas constitucionais, o jusfilósofo austríaco Hans Kelsen (1999, p. 387-397) afirma que o texto das normas funciona como molduras de obras de arte, dentro das quais há certa margem de discricionariedade.

Friedrich Müller (2000, p. 50-70) acrescenta que norma não se confunde com o texto da norma. Esse é apenas um programa que estabelece premissa para a interpretação. Não pode haver interpretação contrária ao enunciado literal da norma, mas esse enunciado, por si só, não é suficiente para desvelar o sentido da norma, tanto que há constituições consuetudinárias. A normatividade decorre da junção entre texto

não foram, conforme examinado, pautados pela doutrina da autocontenção judicial.

e âmbito da norma, definido por Müller (2000, p. 50-70) como o conjunto das diferentes funções concretizadoras da norma, a exemplo da concretização promovida por vários órgãos, como Judiciário, sociedade, Administração Pública e a própria ciência.

Assim, a interpretação é uma operação mental que acompanha o processo de aplicação do Direito. Com base no texto da norma, ponto de partida dogmático, interpreta-se o seu sentido. A interpretação da norma decorre de um processo iniciado pela fase cognoscitiva e completado por um ato de vontade do órgão aplicador, em que a cognição oferece várias hipóteses de sentido, todas inseridas na “moldura” da norma, e a definição do sentido aplicável ao caso é estabelecida por um ato de escolha do órgão aplicador (KELSEN, 1999, p. 387-397).

O juiz não é mais considerado mera boca da lei, mas um dos intervenientes do processo de construção do Direito. O ato de vontade judicial representa decisão política, observada a inegabilidade dos pontos de partida – texto da norma (FERRAZ JÚNIOR, 1998, p. 97-100).

Assim, não se pode negar o poder criativo dos juízes, mas a atividade hermenêutica é inicialmente limitada pelo texto da norma, o ponto de partida da interpretação, e qualquer orientação que vá de encontro a esse texto, extrapolando a moldura normativa, não teria legitimidade.

4.3. Os diálogos institucionais

A rejeição ao modelo da supremacia da lei conduziu à primazia da jurisdição constitucional.

Ocorre que um Estado de Direito não pode pautar-se pela preponderância de uma função estatal em relação às demais. É preciso que se busque o equilíbrio institucional, em que haja responsabilização conjunta e diálogo entre juiz e legislador para a proteção dos direitos fundamentais.

Essa harmonização, que permite o exercício da atividade jurisdicional contramajoritária paralelamente à manifestação do Legislativo, consubstancia o que se convencionou chamar de modelo dialógico, caracterizado pelos permanentes diálogos institucionais entre Judiciário e Parlamento (SOUZA, 2011, p. 320-321).

O sistema dialógico formalmente instituído pelo Canadá é o mais antigo do mundo e talvez também o mais célebre. Ao mesmo tempo em que legitima a jurisdição constitucional, o regime canadense prevê a possibilidade de reapreciação da causa pelo Parlamento, bem como a aplicação da lei por determinado período futuro, não obstante a declaração de inconstitucionalidade. Ao analisar a experiência, Paulo Branco (2010, p. 58-66) assim se manifesta:

“O diploma canadense, porém, contém dispositivo que peculiariza o controle que enseja. A sua Seção 33 sanciona o que se chama de ‘cláusula do não obstante’. Por ela, o Parlamento Federal e também o legislador local, conforme seja a fonte da lei, podem declarar que o ato normativo será eficaz, não obstante a colisão com um preceito da Carta. Dessa forma, mesmo que os Tribunais proclamem a inconstitucionalidade da lei, a Casa Legislativa que a promulgou pode-se valer da ‘cláusula do não obstante’ e tornar superada a decisão judicial. A cláusula tem validade restrita no tempo, prolongando-se por cinco anos. Ao término do prazo, a cláusula deixa de valer e o ato legislativo judicialmente censurado deixa de operar, salvo se o Parlamento a reiterar expressamente por outro quinquênio”.

Diferentemente do Canadá, o Brasil não possui um modelo comunicacional, embora a história constitucional revele a existência de mecanismo semelhante ao canadense na Constituição de 1937¹¹ e haja atualmente proposta de emenda à Constituição em tramitação no Congresso Nacional cujo objetivo é a imposição de limites à atuação judicial, por meio da instituição de sistema dialógico que possibilite a revisão das decisões judiciais pelo Parlamento (BRASIL, 2011a, 2011b).

Apesar da inexistência de procedimento que propicie os diálogos institucionais, é possível inferir do texto constitucional brasileiro de 1988 algumas hipóteses de cooperativismo entre o Judiciário e o Legislativo. O atual art. 52, X, da Constituição, que prevê como competência do Senado Federal a suspensão, com efeitos *erga omnes*, da lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal (BRANCO; MENDES, 2012, p. 1194) pode ser classificado como instrumento de diálogo entre poderes.

Consigne-se, ainda, que o art. 102, § 2º, da Constituição estipula que os efeitos das decisões do Supremo Tribunal Federal são gerais e vinculantes apenas aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, motivo pelo qual o Legislativo não é vinculado pelo conteúdo das decisões proferidas pelo STF em sede de controle abstrato de constitucionalidade, podendo, em tese, editar nova norma, ratificando o conteúdo da anterior.

Nesse contexto, Sérgio Victor (2013, p. 176-187) verifica que ocorrem diálogos institucionais quando o Congresso Nacional (re)edita norma cuja inconstitucionalidade já foi assentada pelo Judiciário, seja por meio da promulgação de emendas constitucionais, seja pela nova aprovação de leis infraconstitucionais. O autor cita relevantes exemplos de atuação

¹¹ Art. 96: “Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juizes poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou de ato do Presidente da República. Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal” (BRASIL, 1937).

harmônica bem-sucedida, dentre os quais se destaca o caso da contribuição para o custeio de iluminação pública:

“A mesma coisa aconteceu com relação à jurisprudência do Supremo que declarava a inconstitucionalidade de taxas de iluminação pública, sob o argumento de que essa espécie tributária não era apta à criação de taxas. Ante a necessidade das localidades de cobrarem tal exação, o Congresso Nacional aprovou a EC 39/2002 que, ao dialogar com a corte, entendeu os fundamentos de sua decisão pela inconstitucionalidade da criação de taxa para o propósito em tela, e instituiu a possibilidade de criação de contribuição para o custeio da iluminação pública”.

Pode-se compreender também que a técnica de decisão do apelo ao legislador, aplicada nos casos de omissão inconstitucional, também conduz à atuação cooperativa, na medida em que o Judiciário reconhece a mora do Legislativo e indica a necessidade de normatização de determinado tema¹².

Perfeito exemplo de diálogo institucional no Brasil ocorreu no caso do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Ao apreciar o Mandado de Injunção nº 943, o Supremo Tribunal Federal percebeu que a simples declaração da mora do Legislativo não mais atenderia à força normativa da Constituição, razão pela qual a Corte esboçou decisão concreta, mas optou por adiar o julgamento do feito, para desenvolver proposta de implementação adequada do direito ao aviso prévio proporcional ao tempo de serviço.

Diante da sinalização, a resposta legislativa foi rápida, com a regulamentação da matéria antes da devolução dos autos para a continuidade do julgamento. O Congresso Nacional editou a Lei nº 12.506/2011. Depois, o STF optou por aplicar os mesmos critérios definidos pelo Legislador para os mandados de injunção pendentes de julgamento, acolhendo a decisão tomada pelo Legislativo. Eis a ementa da decisão:

“Mandado de injunção. 2. Aviso prévio proporcional ao tempo de serviço. Art. 7º, XXI, da Constituição Federal. 3. Ausência de regulamentação. 4. Ação julgada procedente. 5. Indicação de adiamento com vistas a consolidar proposta conciliatória de concretização do direito ao aviso prévio proporcional. 6. Retomado o julgamento. 7. Advento da Lei nº 12.506/2011, que regulamentou o direito ao aviso prévio proporcional. 8. Aplicação judicial de parâmetros idênticos aos da referida legislação. 9. Autorização para que os ministros apliquem monocraticamente esse

¹² Na prática, entretanto, a simples declaração de mora não tem surtido efeitos. Em relação à ausência de norma regulamentadora do direito de greve dos servidores públicos, por exemplo, o Congresso Nacional não editou lei sobre o tema, mesmo após vários anos desde o reconhecimento da omissão inconstitucional.

entendimento aos mandados de injunção pendentes de julgamento, desde que impetrados antes do advento da lei regulamentadora. 10. Mandado de injunção julgado precedente” (BRASIL, 2013b).

A relevância do precedente decorre do fato de prestigiar a decisão política do Legislativo e, ao mesmo tempo, garantir a proteção dos direitos fundamentais.

É possível perceber um acréscimo no coeficiente democrático da deliberação sobre direitos ou políticas públicas no contexto do modelo dialógico, uma vez que a participação dos indivíduos no processo, direta ou indiretamente – por meio dos seus representantes eleitos –, legitima a decisão. Assim, em sistemas em que o controle judicial de constitucionalidade conviva com a participação do Poder Legislativo no debate constitucional, a pluralidade tende a enriquecê-lo e, portanto, a torná-lo mais amplo, democrático (VICTOR, 2013, p. 189).

5. Conclusão

O presente artigo analisou o fenômeno mundial do reconhecimento do Poder Judiciário como instituição garantidora das expectativas frustradas dos cidadãos, o qual está atrelado à crise de desconfiança em relação às instâncias políticas clássicas. Além de solucionar querelas individuais da sociedade, o Judiciário assumiu a proteção dos direitos fundamentais e o exercício da jurisdição constitucional.

Todavia, o modo como são exercidas as novas atribuições pode ensejar hipertrofia desmoderada do Judiciário, sobretudo diante da ausência de controle para eventuais desvios ou abusos de poder que possam ocorrer. Essa consequência negativa foi, a princípio, visualizada no constitucionalismo alemão, mas se repetiu também em outras democracias. O Judiciário passou a ser enxergado como superpoder do Estado.

A análise de algumas decisões polêmicas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal – benefício assistencial, uniões homoafetivas, aborto de anencéfalos e Fundo de Participação dos Estados – evidencia comportamento altivo da Corte no que diz respeito a decisões políticas.

No caso do benefício assistencial, o STF adotou entendimento contrário ao que havia seguido por ocasião do julgamento de uma ação direta de inconstitucionalidade. Em relação às uniões homoafetivas, a Corte deu interpretação à norma que não é compatível com o sentido literal do seu texto. Ao julgar o caso do aborto de anencéfalos, o Supremo Tribunal Federal acrescentou o aborto eugênico às hipóteses em que se permite legalmente a interrupção da gravidez. Por fim, a conclusão a que o Tribunal chegou ao julgar o caso do Fundo de Participação dos Estados e

do Distrito Federal (FPE) acarretou tensão institucional entre Judiciário e Legislativo, na medida em que o prazo imposto não foi observado.

Assim, todos esses julgamentos indicam que se está a caminhar do contexto da supremacia da lei para a realidade da primazia da jurisdição constitucional – ou do reconhecimento do Judiciário como superego da sociedade.

É preciso pensar em modelo intermediário, que não encampe a superposição de uma função em relação às outras. Ao contrário, os poderes públicos devem ser exercitados de forma harmônica e interdependente.

Imagina-se que esse modelo seja possível em um Estado onde o Judiciário esteja orientado pelo princípio da autocontenção em questões políticas e observe a inegabilidade dos pontos de partida hermenêuticos.

Acresça-se, ainda, a possibilidade de o equilíbrio entre os Poderes ser alcançado por um sistema dialógico de interpretação da Constituição, no qual a última palavra acerca do sentido da norma constitucional não é de titularidade exclusiva do Judiciário nem do Legislativo, mas é descoberta por meio de constantes diálogos institucionais.

Referências

BAHIA, Alexandre Gustavo Melo Franco. Ingeborg Maus e o judiciário como superego da sociedade. *Revista CEJ*, Brasília, v. 9, n. 30, p. 10-12, jul./set. 2005.

BARROSO, Luís Roberto. STF foi permeável à opinião pública, sem ser subserviente. *ConJur*, Brasília, 3 jan. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jan-03/retrospectiva-2011-stf-foi-permeavel-opinio-publica-subserviente>>. Acesso em: 1º abr. 2012.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Experiências no controle de constitucionalidade: o diálogo institucional canadense e a constituição brasileira de 1937. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 7, n. 31, p. 58-66, jan./fev. 2010.

_____; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1934). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1934.

_____. Constituição (1937). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1937.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 875, de 24 de fevereiro de 2010. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 abr. 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade 1.232/DF, de 27 de agosto de 1998. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Red. p/ Acórdão Min. Nelson Jobim. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 jun. 2001.

_____. Agravo Regimental na Reclamação n. 2.303. Relator: Ministra Ellen Gracie. *Diário da Justiça*, Brasília, 1 abr. 2005.

_____. Medida Cautelar na Reclamação n. 4.374/RS, de 1ª de fevereiro de 2007. Relator: Ministro Gilmar Mendes. *Diário da Justiça*, Brasília, 6 fev. 2007a.

_____. Medida Cautelar na Reclamação n. 4.427. Relator: Ministro Cezar Peluso. *Diário da Justiça*, Brasília, 29 maio 2007b.

_____. Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.277/DF, de 5 de maio de 2011. Relator: Ministro Ayres Britto. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 out. 2011a.

_____. Senado Federal. Projeto de lei n. 50, de 2011. *Diário da Justiça*, Brasília, 17 fev. 2011b. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99165>. Acesso em: 6 maio 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 54, de 12 de abril de 2012. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 30 abr. 2013a.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Injunção 943, de 6 de fevereiro de 2013. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 2 maio 2013b.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 580.963, de 18 de abril de 2013. Relator: Min. Gilmar Mendes. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 14 nov. 2013c.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 567.985. Relator: Ministro Marco Aurélio. *Diário da Justiça Eletrônico*, Brasília, 3 out. 2013d.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

_____. *Juízes legisladores?* Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1993.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. O critério da hipossuficiência familiar dos necessitados postulantes de amparo social na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: XIMENES, Julia Maurmann (Org.). *Democracia, direitos fundamentais e cidadania*. Brasília: IDP, 2012. 1 v.

_____. Os impactos da repercussão geral do recurso extraordinário na jurisdição constitucional brasileira. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 30, p. 212-225, 2009.

DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya Gaspareto. Ativismo e autocontenção judicial no controle de constitucionalidade. In: FELLETT, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. 1 v.

FACHIN, Zulmar. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea e a concretização dos direitos fundamentais. *Anima*, Curitiba, [2011?].

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Função social da dogmática jurídica*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

FRANCO, Bernardo Mello. Gilmar Mendes: juiz não é para ouvir o vendedor da esquina. *O Globo*, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <<http://www.leieordem.com.br/gilmar-mendes-juiz-nao-e-para-ouvir-o-vendedor-da-esquina.html>>. Acesso em: 5 maio 2012.

FRANÇA. *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*. Paris: Assemblée Nationale, 1789. Disponível em: <<http://www.assemblee-nationale.fr/histoire/dudh/1789.asp>>. Acesso em: 28 fev. 2013.

FUNDAÇÃO GETULIO VARGAS (FGV). *Federação e guerra fiscal*. Brasília: FGV Projetos, 2012.

GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião de promessas*. Rio de Janeiro: Renavan, 1999.

GUEDES, Néviton. O juiz entre o ativismo judicial e a autocontenção. ConJur, Brasília, 23 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-jul-23/constituicao-poder-juiz-entre-ativismo-judicial-autocontencao>>. Acesso em: 7 maio 2013.

JESUS, Damásio de. *Código penal anotado*. 18. ed. São Paulo: Saraiva 2007.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na 'sociedade órfã'. *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo, n. 58, nov. 2000.

MONTESQUIEU. *O espírito das leis*. Tradução de Cristiana Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

MORAIS, Dalton Santos. A atuação judicial criativa nas sociedades complexas e pluralistas contemporâneas sob parâmetros jurídico-constitucionais. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 15, n. 2551, 26 jun. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/15073>>. Acesso em: 29 abr. 2013.

MÜLLER, Friedrich. Esboço de uma metódica do direito constitucional. In: _____. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SOUZA, Jorge Munhós de. Diálogo institucional: em algum lugar entre as teorias da supremacia. In: FELLET, André; PAULA, Daniel; NOVELINO, Marcelo (Org.). *As novas faces do ativismo judicial*. Salvador: Juspodivm, 2011. 1 v.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Teoria da constituição, democracia e igualdade. In: _____. *Teoria da constituição: estudos sobre o lugar da política no direito constitucional*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

VICTOR, Sérgio Antônio Ferreira. *Diálogo institucional, democracia e estado de direito: o debate entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição*. 2013. Tese (Doutorado) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário: crise, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

WALDRON, Jeremy. *A dignidade da legislação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.