ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público

Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

R-e-RE Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado

Número 29 – março/abril/maio de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-888

ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: POR UMA TEORIA ECLÉTICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO

Alice Voronoff
Advogada. Mestre em Direito Público pela UERJ.

I. INTRODUÇÃO: JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

O protagonismo que o Poder Judiciário brasileiro assumiu nos cenários político, econômico e social já não é novidade[1]. A tendência foi apresentada de forma bastante esclarecedora por LUÍS ROBERTO BARROSO, que partiu da diferenciação entre os fenômenos da *judicialização da vida* e do *ativismo judicial*[2].

A judicialização da vida é um **fato**. Significa que *"(...) 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 (...)*"[3]. Dentre as causas para a judicialização, destacam-se: *(i)* a **redemocratização do país**, marcada pela promulgação da Constituição de 1988, que fortaleceu e expandiu o Poder Judiciário, além de aumentar a demanda por justiça na sociedade brasileira; *(ii)* a **constitucionalização abrangente**, que levou para a Carta Maior diversas matérias outrora relegadas ao processo político majoritário e à legislação ordinária; e *(iii)* o **sistema brasileiro de controle de constitucionalidade**, que é híbrido e abrangente, caracterizado pela combinação dos controles difuso e concentrado[4].

Já o ativismo é uma **atitude** ou **postura ideológica**. Trata-se da *"(...) escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance"*[5]. Ademais, como ressalta BARROSO, *"[n]ormalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de*

---

[1] Sobre o tema, v. BRANDÃO, Rodrigo. *Supremacia judicial versus diálogos constitucionais*: a quem cabe a última palavra sobre o sentido da Constituição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, p. 51-87.

[2] BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF:* judicialização, ativismo e legitimidade democrática, 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br>. Acesso em 03 maio 2012.

[3] Ibid. p. 2.

[4] BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF:* judicialização, ativismo e legitimidade democrática, 2008. Disponível em <http://www.conjur.com.br>, p. 2-3. Acesso em 03 maio 2012.

[5] Ibid. p. 3.

um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva"[6]. E é justamente isso o que se tem observado no Brasil.

Diante da crise das instituições representativas, sobretudo do Poder Legislativo, o Judiciário, capitaneado pelo Supremo Tribunal Federal (STF), vem se afirmando como protagonista nos cenários político e social, interferindo de forma mais incisiva no espaço de atuação dos Poderes eleitos. Os Tribunais parecem funcionar como instâncias de canalização de demandas sociais represadas, e se valem de uma concretização mais intensa dos princípios e valores constitucionais para atendê-las.

É o que se observa, *e.g.*, no tocante à política de medicamentos, em que são inúmeras as decisões judiciais impositivas de condutas à Administração Pública, as quais vão desde o fornecimento de remédios simples a tratamentos complexos no exterior. Já a falência do sistema penitenciário implicou polêmicas decisões determinando a libertação de detentos em carceragens superlotadas[7], como que numa reação do Judiciário ao descaso das autoridades nesse campo. Outras vezes, o ativismo se expressa em uma atuação mais arrojada dos tribunais no controle de constitucionalidade das leis, na interpretação elastecida (ou criativa) de dispositivos constitucionais[8], ou na aplicação direta da Constituição a situações tuteladas por normas outrora consideradas não autoaplicáveis[9].

A proposta do presente artigo é analisar um caso específico de ativismo judicial, a saber: a mudança de orientação do Supremo Tribunal Federal em relação ao mandado de injunção (MI). Mais especificamente, propõe-se uma reflexão à luz do princípio democrático, procurando-se investigar *se* o novo entendimento, bem como a *forma* como o STF o vem aplicando, são compatíveis com a democracia. É o que se passa a fazer.

II. **O ATIVISMO DO STF EM RELAÇÃO AO MANDADO DE INJUNÇÃO. A "VIRADA" RUMO À EFETIVIDADE.**

---

[6] Ibid. p. 3.

[7] Tornou-se "famosa", por sua ampla repercussão, a decisão proferida pelo Juízo da Vara de Execuções Criminais e Corregedoria de presídios de Contagem, Belo Horizonte/MG, nos autos do procedimento administrativo correcional nº 726/05, que mandou soltar mais de 50 condenados presos em condições desumanas em distritos policiais da cidade.

[8] Vale remeter ao acórdão proferido pelo STF no MS nº 26.603, DJ 19 dez. 2008, em que a Corte fixou a natureza partidária do mandato no sistema proporcional e o consequente dever de fidelidade partidária, como gesto de respeito ao postulado democrático. Para o relator, Ministro Celso de Mello, a mudança de partido sem uma razão legítima viola o sistema proporcional das eleições, determinado no artigo 45 da Constituição Federal, desfalcando a representação dos partidos e fraudando a vontade do eleitor. Confira-se, por oportuno, a seguinte passagem de seu voto, que ilustra a postura de ativismo adotada pela Corte: "Daí a precisa observação de Francisco de Campos, cujo magistério enfatiza, corretamente, que, **no poder de interpretar, inclui-se a prerrogativa de formular e revelar o próprio sentido do texto constitucional**. É que - segundo a lição desse eminente publicista - 'o poder de interpretar a constituição envolve, muitas vezes, o de formulá-la. A constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la (...). **Nos Tribunais incumbidos da guarda da constituição funciona, igualmente, o poder constituinte**'" (grifou-se).

[9] É ilustrativa deste tipo de ativismo a decisão proferida pelo STF na Ação Declaratória de Constitucionalidade (ADC) nº 12, DJ 18 dez. 2009, em que o Tribunal, com fundamento no princípio da moralidade (CRFB, art. 37, *caput*), declarou a constitucionalidade de Resolução nº 07 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo no Poder Judiciário.

Uma das searas em que o ativismo do Poder Judiciário, no Brasil, pode ser observado de forma bastante nítida é a que diz respeito ao *mandado de injunção*. Tal se deve à mudança de postura do Supremo Tribunal Federal, vivenciada nos últimos anos – e a cada dia reiterada –, no sentido da concretização das normas faltantes e consequente suprimento da mora dos Poderes eleitos.

O mandado de injunção está previsto no **art. 5º, inciso LXXI, da Constituição da República**[10]. Trata-se de garantia criada pelo constituinte originário para sanar omissões inconstitucionais, objetivo que também motivou a criação da ação direta de inconstitucionalidade (ADIn) por omissão, prevista nos arts. 102, I, "a" c/c 103, §2º, do Texto Maior.

Apesar do objetivo comum, os institutos não se equiparam – o que seria absolutamente ilógico do ponto de vista hermenêutico. O mandado de injunção é instrumento para a tutela de situações jurídicas concretas. Qualquer pessoa poderá impetrá-lo, observadas as regras de competência estabelecidas na própria Constituição e na legislação processual, com vistas a sanar inércia normativa do Poder Público que lhe inviabilize o gozo de direitos subjetivos constitucionais. Já a ação direta de inconstitucionalidade por omissão é instrumento do controle *abstrato* e *concentrado* de constitucionalidade. Apenas os legitimados previstos nos incisos do art. 103 da Constituição poderão ajuizá-la, competindo ao STF o seu julgamento[11].

Há ainda uma distinção quanto ao objeto. Como se depreende do art. 5º, inciso LXXI, da Carta Maior, o mandado de injunção se aplica à falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos "*direitos e liberdades constitucionais* e das *prerrogativas inerentes à nacionalidade*, *à soberania e à cidadania"*. Já quanto à ADIn por omissão, não há qualquer delimitação substantiva, abrangendo todo tipo de omissão dos Poderes Legislativo e Executivo que impeça a efetividade de norma constitucional.

Em que pese a distinção, o Supremo Tribunal Federal, desde suas primeiras manifestações, adotou interpretação extremamente restritiva quanto ao MI, equiparando seus efeitos aos da ADIn por omissão. No julgamento de questão de ordem no **MI nº 107-3/DF**[12], a Corte sacramentou o entendimento, que viria a prevalecer por mais de duas décadas, no sentido de que os efeitos da decisão estariam limitados à notificação da entidade ou da autoridade inerte, para que tomasse ciência da declaração de inconstitucionalidade da omissão e adotasse as providências necessárias para supri-la. Perfilhou o Tribunal, assim, a tese dita *não-concretista* do mandado de injunção, afastando a possibilidade de regulamentação pelo Poder Judiciário da norma faltante – o que é defendido pela corrente *concretista* ou *constitutiva*[13]. Confira-se trecho do voto do Ministro Relator do MI nº 107-3/DF, Moreira Alves:

---

[10] Como esclarece Luís Roberto Barroso, as Constituições Estaduais também podem instituir o mandado de injunção, tendo-o feito à unanimidade. V. BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 114.

[11] Também os Estados podem instituir o controle *em abstrato* de omissões inconstitucionais, tendo por parâmetro a Constituição Estadual. No Estado do Rio de Janeiro, a previsão consta do art. 162, §2º, da CERJ.

[12] MI 107 QO/DF, Relator Min. MOREIRA ALVES, DJ 21 set. 1990.

[13] Podem-se identificar duas variantes da corrente concretista: *(i)* para uma primeira vertente, o Poder Judiciário estaria autorizado a regulamentar, em caráter *erga omnes*, a omissão inconstitucional; *(ii)* já para uma segunda variante, a decisão judicial valeria apenas no caso concreto, afastada a possibilidade de sua extensão a outros casos.

> (...) Como sucede com o §2º do art. 103, em que, na parte inicial ("Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional'), apenas se caracteriza quando será admissível tal ação direta (ou seja, quando houver omissão inconstitucional relativa a medida para tornar efetiva norma da Carta Magna), mas não se diz que cabe ao Poder Judiciário supri-la legislando ainda que provisoriamente (o que a segunda parte do dispositivo afasta expressamente), **o mesmo ocorre com o texto do artigo 5º, LXXI**, que se omite quanto à segunda parte do artigo 103, §2º, ficando apenas com norma semelhante à da primeira desta: a em que se caracterizada qual a omissão que dá margem ao uso do mandado de injunção (a falta de norma regulamentadora que torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania), mas, também, **não se diz que caberá ao Poder Judiciário, substituindo-se ao Poder competente, fazer essa regulamentação, restrita ao caso concreto, ou extensível a todos os casos análogos**. **A Constituição partiu da premissa de que, com a procedência da ação direta ou do mandado de injunção, o Poder competente, declarada a inconstitucionalidade de sua omissão, não persistirá em sua atitude omissa. E, bem ou mal, contentou-se com essa eficácia. Ao Supremo Tribunal Federal, a que precipuamente incumbe a guarda dessa Constituição, não é dado, sem qualquer apoio em elementos interpretativos sólidos, desconsiderar essa eficácia, para, com base nessa desconsideração, ter como inócuo o mandado de injunção, e atribuir-lhe efeitos que, como se demonstrou, não se coadunam com o sistema dessa mesma Constituição**. (...)"
>
> - Grifou-se -

Além de se fiar no princípio da separação de Poderes para justificar a postura de autocontenção, o Ministro Relator, em seu voto, remeteu aos seguintes argumentos: *(i)* à impossibilidade de o Tribunal suprir o vácuo normativo nas situações que envolvessem a organização prévia de determinados serviços ou a alocação específica de recursos, de modo que a maior parte dos casos de omissão ficaria fora do âmbito do MI; *(ii)* à falta de condições técnicas do STF, e dos demais Tribunais, para proceder à regulamentação, o que levaria ao impasse do *non liquet*, inadmissível em nosso sistema jurídico; e *(iii)* ao risco de decisões diversas em mandados de injunção distintos, vez que nem sempre seriam julgados pelo mesmo Juízo ou Tribunal.

Remeteu o Ministro, ainda, *(iv)* a uma espécie de interpretação lógica, no sentido de que, a se adotar a tese constitutiva, com a possibilidade de regulamentação no caso concreto da norma faltante, o mandado de injunção restaria parcialmente esvaziado, eis que seria insuscetível de viabilizar o exercício de uma das categorias de prerrogativas para a qual foi criado, a saber: as prerrogativas inerentes à *soberania popular*. Realmente, *"(...) essas prerrogativas, que dizem respeito a plebiscito, iniciativa popular legislativa e referendo, são insusceptíveis, pelo caráter coletivo ínsito à sua natureza mesma, de regulamentação individual, que a tanto conduz a regulamentação a ser aplicada ao caso concreto".* Para o Relator, *"[s]ó isso basta para afastar essa variante da segunda corrente* [concretista], *pois não se pode atribuir ao*

mandado de injunção natureza que é incompossível com uma das hipóteses para as quais ele foi constitucionalmente criado"[14].

Como se sabe, a orientação do STF, que acabou por esvaziar o instituto, foi objeto de duras críticas pela doutrina, chegando a ser rotulado como "*o que foi sem nunca ter sido*"[15]. É verdade que a postura inicial consagrada pelo STF viria a ser mitigada em alguns precedentes; em nenhum deles, contudo, o Tribunal chegou a acenar para uma efetiva mudança de orientação.

Tal mitigação pôde ser conferida no julgamento de mandados de injunção impetrados com fundamento no **art. 8º, §3º, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias**, o qual prevê o direito a uma reparação econômica, *na forma da lei*, a cidadãos afetados por atos do Ministério da Aeronáutica. Diante da ausência da lei mencionada pelo constituinte, o STF decidiu que, subsistindo a omissão legislativa, após o decurso de prazo estabelecido pelo Tribunal para a purgação da mora, poderia o titular do direito obter em face da União reparação por perdas e danos, pela via processual adequada[16].

Já no **MI nº 232-1/RJ**, impetrado com fundamento no **art. 195, §7º, da Constituição**[17], o STF fixou o prazo de seis meses para a purgação da mora e estabeleceu que, após tal período, caso não editada a lei de regulamentação do benefício fiscal conferido a entidades de assistência social, a impetrante passaria a gozar automaticamente da imunidade[18].

Uma virada histórica no entendimento da Corte só viria a ocorrer, de fato, no final de 2007, no julgamento de mandados de injunção coletivos[19] impetrados com fundamento no **art. 37, VII, da Carta Maior**[20]. Tal dispositivo assegura o *direito de greve* a servidores públicos, porém jamais foi regulamentado. Superando uma gama de precedentes em sentido contrário, o STF conheceu dos mandados de injunção e **propôs a solução para a omissão legislativa**, mediante a aplicação, por analogia, da Lei nº 7.783/1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve na iniciativa privada. Aderiu, assim, à tese constitutiva, suprindo o vácuo legislativo nas hipóteses concretas que lhe foram apresentadas. Confiram-se trechos da ementa do acórdão proferido no **MI nº 670/ES**:

---

[14] Os quatro argumentos ora mencionados constam de fls. 35 e seguintes do acórdão relativo ao MI nº 107-3/DF, divulgado no sítio eletrônico do STF.

[15] BARROSO, Luís Roberto. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*. 2. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2006,p. 113.

[16] V., por exemplo, MI nº 283/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14 nov. 1991; e MI nº 284, Rel. para o acórdão Min. Celso de Mello, DJ 26 jun.1992.

[17] *Verbis*: "Art. 195, §7º - São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei".

[18] MI 232/RJ, Relator Min. Moreira Alves, DJ 27 maio 1992.

[19] MI 670/ES, Rel. para o acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008, impetrado pelo Sindicato dos Servidores da Polícia Civil no Estado do Espírito Santo - SINDIPOL; MI 708/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008, impetrado pelo Sindicato dos Trabalhadores em Educação do Município de João Pessoa - SINTEM; e MI 712/PA, Rel. Min. Eros Grau, j. 25 out. 2007, DJ 31 out. 2008, impetrado Sindicato dos Trabalhadores do Poder Judiciário do Estado do Pará – SINJEP. Embora o julgamento de tais mandados de injunção apenas tenha sido concluído no final do ano de 2007, a apreciação dos casos pelo STF se desenrolava desde meados de 2006, quando proferidos os primeiros votos.

[20] *Verbis*: "Art. 37, VII - o direito de greve será exercido nos termos e nos limites definidos em lei específica".

> "(...) 3. DIREITO DE GREVE DOS SERVIDORES PÚBLICOS CIVIS. HIPÓTESE DE OMISSÃO LEGISLATIVA INCONSTITUCIONAL. MORA JUDICIAL, POR DIVERSAS VEZES, DECLARADA PELO PLENÁRIO DO STF. RISCOS DE CONSOLIDAÇÃO DE TÍPICA OMISSÃO JUDICIAL QUANTO À MATÉRIA. A EXPERIÊNCIA DO DIREITO COMPARADO. **LEGITIMIDADE DE ADOÇÃO DE ALTERNATIVAS NORMATIVAS E INSTITUCIONAIS DE SUPERAÇÃO DA SITUAÇÃO DE OMISSÃO.** (...) **Considerada a evolução jurisprudencial do tema perante o STF, em sede do mandado de injunção, não se pode atribuir amplamente ao legislador a última palavra acerca da concessão, ou não, do direito de greve dos servidores públicos civis, sob pena de se esvaziar direito fundamental positivado.** Tal premissa, contudo, não impede que, futuramente, o legislador infraconstitucional confira novos contornos acerca da adequada configuração da disciplina desse direito constitucional. 4.2 **Considerada a omissão legislativa alegada na espécie, seria o caso de se acolher a pretensão, tão-somente no sentido de que se aplique a Lei nº 7.783/1989 enquanto a omissão não for devidamente regulamentada por lei específica para os servidores públicos civis (CF, art. 37, VII).**
> (...)
> 6.7. Mandado de injunção conhecido e, no mérito, deferido para, nos termos acima especificados, determinar a aplicação das Leis nos 7.701/1988 e 7.783/1989 aos conflitos e às ações judiciais que envolvam a interpretação do direito de greve dos servidores públicos civis."
>
> - Grifou-se -

Além dos precedentes relacionados ao direito de greve, a orientação concretista vem sendo aplicada em diversos mandados de injunção impetrados por servidores públicos com vistas ao exercício do direito à *aposentadoria especial*, previsto no **art. 40, §4º, II, da Carta Maior**[21]. O *leading case* foi o julgamento do **MI nº 721/ DF**[22], Relator Min. Marco Aurélio, oportunidade em que o Tribunal decidiu pela aplicação, ao caso, da regra vigente no âmbito do regime geral de previdência social (Lei nº 8.213/91, art. 57). Desde então, o STF, inclusive *monocraticamente*, tem decidido diversos precedentes similares no mesmo sentido.

Com a nova orientação, dissemina-se o sentimento de que o mandado de injunção recobrou sua dignidade constitucional, enquanto instrumento de efetivação de direitos e transformação da realidade. Foi esse, de fato, o grande mote dos Ministros: concretizar a força normativa da Constituição. Em que pese o fervor inicial, a nova postura – como o ativismo em geral – suscita questionamentos relacionados ao princípio democrático, e produz conseqüências que precisam ser dimensionadas. É disso que tratam as considerações a seguir.

III. **O "NOVO" MANDADO DE INJUNÇÃO PASSA NO TESTE DEMOCRÁTICO?**

[21] *Verbis*: "Art. 40, §4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física". Grifou-se.

[22] MI nº 721/DF, DJ. 30 nov. 2007.

Uma das mais enfáticas críticas ao ativismo judicial diz respeito à **questão democrática**. A discussão não é nova e remete à assim denominada *dificuldade contramajoritária*[23]. Considerando-se que os juízes não são eleitos, a invalidação de decisões e atos normativos dos Poderes Executivo e Legislativo, assim como o suprimento de lacunas normativas mediante regulamentação pela Corte (ainda que para o caso concreto), encontrariam óbice no princípio democrático, que tem seu cerne normativo na ideia de **autogoverno do povo**[24]. Uma elite de intelectuais não eleitos não possuiria a necessária legitimidade para decidir, no lugar das autoridades investidas democraticamente, sobre temas afetos à vida social, especialmente em casos envolvendo a alocação de recursos escassos.

Aplicadas tais considerações ao mandado de injunção, poder-se-ia alegar que os Ministros do STF careceriam da necessária legitimidade democrática para, nos casos da regulamentação do direito de greve e da aposentadoria especial, *e.g.,* delimitar, no lugar do Legislativo, os termos e condições para o exercício de tais direitos. Apenas os representantes do povo, a quem cabe, precipuamente, a função legislativa, poderiam editar eventuais normas faltantes. Como, portanto, superar o impasse democrático? A atuação proativa do Poder Judiciário violaria, de fato, o núcleo essencial da democracia?

Dentre as respostas oferecidas pela doutrina para solucionar o impasse, merecem destaque três vertentes: a *normativa*, a *filosófica* e a *pragmática*. No presente artigo, pretende-se analisar cada uma de tais vertentes, tecendo uma avaliação crítica para o caso específico do mandado de injunção. O objetivo é analisar se as respostas teóricas elaboradas para superar a dificuldade democrática solucionam o *impasse* no caso do mandado de injunção, com uma avaliação crítica, inclusive, do *modo* como o STF vem encaminhando suas decisões.

III.1. **A resposta normativa à crítica democrática. Direito, política e fundamentação das decisões judiciais.**

No plano *normativo*, argumenta-se, em defesa do ativismo, que o Poder Judiciário, ao declarar a inconstitucionalidade de atos ou suprir omissões do Poder Legislativo, nada mais faz do que cumprir a Constituição, ou seja, a vontade qualificada expressada pelo povo através de seus representantes[25]. Portanto, ao invés de violar o princípio majoritário, a efetivação de decisões

[23] BICKEL, Alexander M. *The least dangerous branch:* the Supreme Court at the bar of politics. 2. ed., New Haven: Yale University Press, 1986, pp. 16 e ss.

[24] Embora inexista fórmula exata, a definição de democracia, desde Rousseau, tem seu núcleo semântico na ideia de autogoverno do povo, ou de soberania popular, como fonte última da vontade dos cidadãos. Os indivíduos são livres quando obedecem a leis criadas por eles próprios, expressão da vontade geral e de sua autonomia pública. V. ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social:* princípios de direito político. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

[25] O argumento foi desenvolvido por WHITTINGTON, Keith E. "Constitutionalism". In: *The Oxford Handbook of Law and Politics*, ed. by. Keith E. Whittington, R. Daniel Kelemen, and Gregory A. Caldeira, New York: Oxford University Press, 2008, 281-299. Confira-se trecho: "There are four general approaches to reconciling constitutionalism and democracy. One is for constitutional commitments to receive democratic authorization" (p. 284).

fundamentais insertas no Texto Maior constituiria atividade revestida de alta carga de legitimidade democrática.

Não há dúvidas de que tal argumento se aplica à acenada mudança de posição do STF quanto ao MI. A aplicação da tese concretista permite a realização de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania, até então esvaziados pela inércia irresponsável dos Poderes eleitos. Ou seja, o novo entendimento realiza a Constituição e fortalece a democracia.

Ocorre que o raciocínio não deve ficar imune a uma leitura mais crítica. Como assinala LUÍS ROBERTO BARROSO, a justificativa normativa para o ativismo judicial deve ser aceita com temperamentos, eis que **juízes e tribunais não desempenham uma atividade puramente mecânica**:

> Na medida em que lhes cabe atribuir sentido a expressões vagas, fluidas e indeterminadas, como dignidade da pessoa humana, direito de privacidade ou boa-fé objetiva, tornam-se, em muitas situações, **co-participantes** do processo de criação do direito.[26]

A relação de "coautoria" é ainda mais evidente quando está em jogo a aplicação da Constituição. É que, como acentua DIETER GRIMM, os preceitos constitucionais são, por sua natureza, mais lacunares e abertos. Como fundamento do restante da ordem jurídica, eles apresentam um caráter principiológico mais acentuado, o que abre maiores margens para interpretação. E conclui: *"(...) a jurisdição constitucional opera na interface da legislação e aplicação do direito, direito e política. Aí reside um perigo não insignificante de decisões políticas em uma roupagem com forma de justiça*"[27].

Ou seja: admitindo-se que os juízes, na interpretação de enunciados normativos, são **coautores** da criação da norma a ser aplicada, há o risco de que, ao invés de atenderem à vontade da Constituição (ou seja, à vontade qualificada expressada pelos representantes do povo), façam prevalecer, ainda que parcialmente, pontos de vista particulares. Lembre-se de que, por trás do processo hermenêutico, não existe uma "vontade da Constituição" única e abstratamente cognoscível. Ao contrário, há seres humanos que, instados a aplicar dispositivos vagos e fluidos, hão de recorrer inevitavelmente a pré-compreensões e experiências de vida.

O argumento pode ser exemplificado a partir da previsão do **art. 40, parágrafo 4º, II, da Constituição**[28], a qual tem servido de fundamento para a impetração de diversos mandados de injunção. Com efeito, na interpretação do aludido dispositivo, a relação de *coautoria* entre o aplicador do direito e o legislador fica bastante clara. O inciso II do parágrafo 4º do art. 40 da CRFB remete à concessão de aposentadoria especial para servidores que exerçam *atividades de risco*. Ocorre que o conceito não é autoexplicativo. Bem ao

---

[26] BARROSO, Luís Roberto. *Ano do STF: Judicialização, ativismo e legitimidade democrática*. Disponível em <http://www.conjur.com.br>, p. 6. Acesso em 03 maio 2012. Grifamos.

[27] GRIMM, Dieter. *Constituição e Política*. Tradução de Geraldo de Carvalho, Belo Horizonte, MG: Del Rey, 2006, p. 16.

[28] Confira-se, mais uma vez, o dispositivo: "§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores: I - portadores de deficiência; II - que exerçam atividades de risco; III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física" (grifou-se).

contrário, trata-se de *conceito jurídico indeterminado*[29], a demandar do intérprete uma valoração no caso concreto. Obviamente, sua aplicação gera dúvidas e controvérsias.

Uma análise breve dos precedentes do STF na matéria coloca tal circunstância em evidência. Note-se que os primeiros mandados de injunção concedidos com base no art. 40 da Constituição beneficiaram servidores da saúde (médicos), cuja atividade pode ser classificada, com razoável segurança, como *de risco* (é dizer, estaria dentro de uma zona de certeza positiva)[30]. Mas sobrevieram diversos outros *mandamus* cuja polaridade ativa é deveras mais controvertida. Por exemplo: no **MI nº 1.487**, a ação foi ajuizada pelo Sindicato dos Servidores da Justiça do Trabalho dos Estados de Rondônia e Acre – SINSJUSTRA; no **MI nº 805**, pelo Sindicato dos Servidores do Poder Legislativo Federal e do Tribunal de Contas da União – SINDILEGIS; e no **MI nº 1.052**, pelo Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro - SISEJUFE/RJ. Nesses casos, não há como se afirmar, de antemão, que servidores da Justiça do Trabalho, do Poder Legislativo ou da Justiça Federal exerçam atividades arriscadas. As hipóteses recaem em uma zona de penumbra que deverá ser necessariamente integrada pelo julgador.

Também em relação ao *caput* do art. 40, §4º, CRFB, não se cogita de uma atividade meramente subsuntiva do magistrado. Embora se trate de relato normativo com considerável grau de densificação (uma regra, e não um princípio), dele não se extrai, com clareza, a positivação de um *direito subjetivo* dos servidores à aposentadoria especial. O dispositivo se limita a vedar a adoção de critérios diferenciados e a *ressalvar* determinadas hipóteses. Mas não afirma – ao menos inequivocamente – que, nos casos excepcionais, a aposentadoria especial seria um direito. Assim, com base em uma leitura apenas gramatical, poder-se-ia interpretar que a ressalva gera, para os Poderes eleitos, uma simples *faculdade* quanto à instituição de critérios especiais de aposentação, mas não uma obrigação.

É verdade que a interpretação gramatical (ou literal) é mero *ponto de partida* da atividade hermenêutica, e, no mais das vezes, deve ser conjugada a outros elementos interpretativos[31]. Tanto assim que, no caso em questão, o

---

[29] Segundo Gustavo Binenbojm, os conceitos jurídicos indeterminados são aqueles que "requerem do intérprete da norma uma valoração (interesse público, urgência, bons antecedentes, notório saber, reputação ilibada, notória especialização)". BINENBOJM, Gustavo. *Uma teoria do direito administrativo*: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 212.

[30] Ainda segundo Gustavo Binenbojm, o conceito jurídico indeterminado "(...) apresentaria uma *zona de certeza positiva* (o que é certo que ele é), dentro do qual não existe dúvida acerca da utilização da palavra ou expressão que o designa, e uma *zona de certeza negativa* (o que é certo que ele *não* é), em que, igualmente, inexistiria dúvida acerca de sua utilização, só que para excluir a sua incidência. A controvérsia sobre a abrangência de situações que o signo encerra surgiria na zona intermediária, de penumbra. (...)". Ibid. p. 222.

[31] Sobre o tema, *vide:* SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Introdução ao estudo do direito.* 2. ed., São Paulo: Atlas, 1994, p. 287; SILVA NETO, Manuel Jorge e. *Curso de direito constitucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris Editora, 2006, p.80. Na jurisprudência, confira-se o acórdão proferido pelo STJ no Recurso Especial nº 717.717/SP, DJ 08 maio 2006, Relator Min. José Delgado, cujo trecho a seguir se transcreve: "Não há como se aplicar à questão de tamanha complexidade e repercussão patrimonial, empresarial, fiscal e econômica, interpretação literal e dissociada do contexto legal no qual se insere o direito em debate. Deve-se, ao revés, buscar amparo em interpretações sistemática e teleológica, adicionando-se os comandos da Constituição Federal, do Código Tributário Nacional e do Código Civil para, por fim, alcançar-se uma resultante legal (...)".

STF recorreu a uma espécie de análise "semântico-evolutiva" para concluir pela existência de um direito subjetivo constitucional. Confira-se, nesse sentido, trecho do voto do Ministro Marco Aurélio no **MI nº 721/DF**, que foi o *leading case* na matéria e serviu de paradigma para os demais julgados:

> Pois bem, na redação primitiva, a Carta de 1988, ao dispor sobre a aposentadoria dos servidores públicos, previa, ao lado das balizas temporais alusivas à jubilação espontânea, a possibilidade de lei complementar estabelecer exceções. Confira-se com o preceito:
>
> *Art. 40. O servidor será aposentado:*
>
> *(...)*
>
> *§1º Lei complementar poderá estabelecer exceções ao disposto no inciso III, 'a' e 'c', no caso de exercício de atividades consideradas penosas, insalubres ou perigosas.*
>
> *(...)*
>
> Com a Emenda Constitucional nº 20/98, afastou-se a óptica míope do sentido do verbo 'poder' – considerado o tempo, futuro do presente, 'poderá' –, para prever-se, no §4º do artigo 40 da Carta, que:
>
> *§ 4º - É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados os casos de atividades exercidas exclusivamente sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física, definidos em lei complementar.*
>
> Tal afastamento foi mantido pela Emenda Constitucional nº 47, de 5 de julho de 2005, que deu nova redação ao citado §4º:
>
> *§ 4º É vedada a adoção de requisitos e critérios diferenciados para a concessão de aposentadoria aos abrangidos pelo regime de que trata este artigo, ressalvados, nos termos definidos em leis complementares, os casos de servidores:*
>
> *I - portadores de deficiência; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 47, de 2005)*
>
> *II - que exerçam atividades de risco;*
>
> *III - cujas atividades sejam exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física.*
>
> Então, é dado concluir que a jurisprudência mencionada nas informações sobre a existência de simples faculdade ficou, sob o ângulo normativo-constitucional, suplantada. (...) Em síntese, hoje não sugere dúvida a existência do direito constitucional à adoção de requisitos e critérios diferenciados para alcançar a aposentadoria daqueles que hajam trabalhado sob condições especiais, que prejudiquem a saúde ou a integridade física. Permaneceu a cláusula da definição em lei complementar.

O objetivo do artigo não é analisar a correção da interpretação perfilhada pelo Min. Marco Aurélio quanto ao *caput* do art. 40, parágrafo 4º, da Constituição, nem fixar *standards* para a definição do que sejam atividades de risco. Os exemplos foram selecionados para ilustrar por que a resposta puramente normativa à crítica democrática – ou seja, a explicação genérica de que, ao suprir a lacuna legal, o Poder Judiciário estaria realizando a vontade qualificada do povo – não pode ser aceita sem ressalvas. Juízes são humanos, e não Hércules[32]. Se o STF errar, e concretizar um direito que não fora

[32] A expressão se refere ao jurista de capacidades, sabedoria, paciência e sagacidade sobre-humanas inventado por Ronald Dworkin (DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira, 2. ed., São Paulo: Martins Fontes, 2007, p. 165).

conferido pela Constituição, estará, sim, implicando gravíssima ofensa ao princípio democrático. E essa, sem dúvidas, é uma preocupação que deve ser considerada. Acrescente-se: não para inibir o ativismo, mas para racionalizá-lo, evitando uma ditadura de juízes-filósofos.

Registre-se, por fim, que, na tentativa de mitigar tais riscos, um dos caminhos mais promissores aponta para os campos da *metodologia* e da *argumentação judicial*[33]. Se os textos são abertos e imprecisos, e os juízes são seres humanos, a exposição clara e completa das razões que motivaram os Tribunais é o caminho mais efetivo para o *controle social* de seus julgados. É nesse sentido que fundamentações mais robustas e um comprometimento mais firme com a metodologia podem, sim, incrementar o grau de *legitimidade democrática* da atuação dos magistrados, suprindo, ao menos em parte, as insuficiências da justificação puramente normativa e idealizada para o ativismo judicial.

III.2. **A resposta filosófica à crítica democrática. Calibração do grau de ativismo judicial à luz da jusfundamentalidade do direito pleiteado.**

No campo *filosófico*, a defesa do ativismo judicial (ou de algum nível de ativismo) assenta sobre a reformulação da ideia clássica de democracia, tradicionalmente compreendida como *vontade da maioria*. O argumento é o de que tal noção é francamente incompatível com a noção de **democracia constitucional**. Sob esta perspectiva, democracia não é apenas governo da maioria, mas governo da maioria com respeito aos direitos das minorias e à dignidade da pessoa humana, da qual se irradiam os direitos fundamentais[34].

Disso resulta que, ao invés de incompatíveis, jurisdição e democracia travam, entre si, uma relação recíproca e sinérgica. A jurisdição é, na verdade, elemento essencial da democracia, pois assegura as condições de funcionamento do Estado Democrático. Daí porque, em verdade, opera a favor, e não contra o princípio democrático. Nas palavras de GUSTAVO BINENBOJM:

> A jurisdição constitucional é (...) uma instância de poder contramajoritário, no sentido de que sua função é mesmo a de anular determinados atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos. Nada obstante, entende-se, hodiernamente, que os **princípios e direitos fundamentais**, constitucionalmente assegurados, são, em verdade, condições estruturantes e essenciais

[33] Ana Paula de Barcellos qualifica o tema da *racionalidade e da justificação do direito e das decisões jurídicas*, sobretudos as *judiciais*, como de relevância cada vez maior no Brasil. Dentre as razões para tanto, está o fato de que: "(...) os sistemas jurídicos contemporâneos, e em particular o brasileiro, conferem ao intérprete um espaço de atuação e criação cada vez mais amplo. (...) a utilização intensiva pelos enunciados constitucionais e legais de princípios e conceitos abertos ou indeterminados, dentre outros mecanismos, transfere ao Judiciário contemporâneo um amplo poder na definição do que é, afinal, o direito. Sob pena de serem acusadas de puramente arbitrárias e ilegítimas em um Estado democrático de direito, as escolhas do intérprete nesse ambiente demandam justificação". E continua: "De forma simples, é possível dizer que a racionalidade na esfera das decisões jurídicas está ligada a dois elementos: (i) a capacidade de demonstrar conexão com o sistema jurídico e (ii) a racionalidade propriamente dita da argumentação, em especial nas hipóteses em que existam várias conexões possíveis – e diferentes – com o sistema jurídico". BARCELLOS, Ana Paula. *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 39/42.

[34] V. SARMENTO, Daniel. A Proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 560.

> ao bom funcionamento do próprio regime democrático; assim, **quando a justiça constitucional anula leis ofensivas a tais princípios ou direitos, sua intervenção se dá a favor, e não contra a democracia**. Esta a fonte maior de legitimidade da jurisdição constitucional.[35]

A ideia, portanto, é que, apesar do caráter contramajoritário da Corte, quando estiverem em jogo *princípios e direitos fundamentais*, a atuação do Tribunal se dá em prol, e não contra a democracia, eis que se trata de condições estruturantes e essenciais ao bom funcionamento do próprio regime democrático.

Tais considerações se aplicam à nova postura adotada pelo STF em relação ao mandado de injunção e servem a justificá-la. Com a adoção da tese constitutiva, o Tribunal viabiliza o gozo de direitos e liberdades constitucionais, bem como de prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Assim, ao invés de enfraquecer, fortalece a democracia constitucional.

Ocorre que, também aqui, algumas reflexões mais profundas precisam ser tecidas, não com o objetivo de desautorizar a postura concretista do STF, mas de delinear parâmetros que, modulando o grau de ativismo da Corte, possam robustecer a legitimidade democrática de suas intervenções.

Retornando ao texto da Constituição, verifica-se que o mandado de injunção consta do art. 5º, inciso LXXI – ou seja, do rol de *direitos fundamentais* –, o qual prevê a concessão do remédio "*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*". A redação do dispositivo permite indagar: embora o constituinte tenha remetido, genericamente, a *direitos e liberdades constitucionais*, os Tribunais estariam vinculados a uma postura radicalmente concretista em todos os casos, sob pena de violação à força normativa da Constituição? Ou, de acordo com a matéria, poder-se-ia vislumbrar uma atuação ora mais ativista, ora de maior autocontenção?

Se o objetivo for robustecer a democracia constitucional – ou seja, o modelo em que o Judiciário respeita as decisões majoritárias, mas atua para garantir que as condições para a deliberação democrática sejam asseguradas –, o caminho da calibração parece mais acertado. Em relação ao MI, isso permite enunciar o seguinte parâmetro: *no caso concreto, quanto maior a jusfundamentalidade do direito pleiteado, maior a legitimidade da intervenção do Judiciário; quanto menor a jusfundamentalidade do direito pleiteado, menor a legitimidade democrática dos Tribunais para sanar a omissão alegada.*

Note-se que o referido *standard* é ratificado pela *posição topográfica* do mandado de injunção. Afinal, o instituto foi inserido pelo constituinte no rol de direitos fundamentais, o que direciona sua funcionalidade à defesa dos direitos e liberdades mais sensíveis para o modelo da democracia constitucional. É justamente nesse sentido, aliás, a opinião de CLÁUDIO PEREIRA DE SOUZA NETO, que se vale do aporte da teoria da democracia deliberativa para delimitar um campo material de incidência do MI:

---

[35] BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*: legitimidade democrática e instrumentos de legitimação. 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 246.

> (...) no que se refere às normas cuja concretização deve ser garantida através do instituto, o STF assumiu uma posição excessivamente abrangente. No tocante a esse tema, nossa Corte, paradoxalmente, foi além do que permite a legitimação democrática. Alicerçada em grande parte da doutrina, considerou que qualquer norma constitucional poderia constituir parâmetro para a declaração da omissão legislativa. **Sob o prisma democrático, melhor seria, restringir o parâmetro normativo para a declaração da mora legislativa aos preceitos 'materialmente fundamentais', como sugere o próprio Texto Constitucional, ao defini-lo como meio processual adequado à garantia de 'direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania'. Observe-se que os direitos, a liberdade, a cidadania (e a nacionalidade como uma condição desta) e a soberania (popular) compõem o núcleo normativo de estado democrático de direito. Os direitos sociais fundamentais, por seu turno, ficam também abrangidos, na medida em que possam ser considerados condições para o efetivo exercício, em um contexto de cooperação social, da liberdade e da soberania popular. Assim estabelecido o campo de abrangência do MI, pode-se atribuir ao Judiciário a prerrogativa de elaborar diretamente a norma regulamentadora, e superam-se os problemas de legitimação atinentes aos princípios da soberania popular e da separação de poderes,** (...)[36]

Registre-se que o STF, em suas decisões, não tem demonstrado qualquer preocupação quanto à jusfundamentalidade dos direitos pleiteados, apontando para uma utilização *irrestrita* do MI em relação a quaisquer direitos constitucionais. No caso da aposentadoria especial, *e.g.*, nenhuma consideração foi tecida a esse respeito, muito embora, nos planos teórico e normativo, a natureza do benefício seja no mínimo controvertida[37].

Por fim, urge indagar: a calibração do grau de ativismo do STF quanto à eficácia do mandado de injunção, tal como sugerida, poria em risco a funcionalidade do instituto? É dizer: após quase vinte anos esvaziado, admitir uma variação de grau nas intervenções do STF não seria um retrocesso? Embora não existam *certezas* a esse respeito, há bons argumentos em favor da legitimidade da proposta.

---

[36] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa:* um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 290/291. Grifou-se.

[37] De fato, o direito à aposentadoria especial não consta do rol do art. 5º da Carta Maior. É verdade que os arts. 6º, *caput*, e 7º, IV, da Constituição, ao tratarem dos direitos sociais, remetem à previdência social. Contudo, na linha do que assentado por Cláudio Pereira de Souza Neto, os direitos sociais devem ser considerados fundamentais apenas na medida em que possam ser considerados condições para o efetivo exercício, em um contexto de cooperação social, da liberdade e da soberania popular. Fora daí, inserem-se no contexto da política majoritária, em que prevalece o amplo espaço de discricionariedade dos agentes eleitos. A partir de tais elementos, é possível indagar: considerando-se que os servidores públicos já possuem direito à aposentadoria, e, em sede de MI, estariam pleiteando um *plus* (ou seja, condições mais benéficas de aposentação), tal benefício poderia ser considerado direito fundamental? A aposentadoria especial integraria o mínimo existencial, ou seja, as condições elementares de educação, saúde e renda capazes de permitir, em uma determinada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público? Sublinhe-se que o objetivo deste artigo não é discutir diretamente tais aspectos, mas ressaltar a importância da discussão pública em torno do tema, como elemento da legitimidade da atuação dos Tribunais.

De fato, uma intervenção mais deferente (ou de maior autocontenção) da Corte nos casos de direitos e liberdades constitucionais *não* fundamentais não precisaria equivaler, necessariamente, a um retorno à fase não concretista. Poderia o Tribunal, nesses casos, buscar soluções alternativas e priorizar, como o fez por diversas vezes, um diálogo institucional com os Poderes Legislativo e Executivo, mediante comunicação da omissão inconstitucional e fixação de prazos – ainda que, ao final, diante da eventual renitência dos políticos, viesse a concretizar o direito.

Outra estratégia institucional interessante, recentemente adotada pelo STF, tem de ver com a publicação, em sua página na *internet*[38], de uma lista de decisões em que declarada a mora do Poder Legislativo quanto a matérias que ainda se encontram pendentes de disciplina. A iniciativa pode fomentar a discussão pública e repercutir na atuação das casas representativas.

De outro lado, nos casos envolvendo direitos jusfundamentais (ou seja, direitos e liberdades civis e políticas, além do mínimo existencial), uma atuação desde logo concretista pela Corte revela-se dotada de ampla legitimidade, eis que indispensável para a garantia da própria democracia. Não se justifica, nestes casos, *apelar* ao legislador ou ao administrador, sob pena de comprometimento daquele núcleo que é précondição para o modelo democrático.

Tem-se, portanto, que a modulação do grau de ativismo da Corte à luz da jusfundamentalidade do direito pleiteado poderia favorecer a democracia, sem conduzir ao estado inicial de apatia. A correção dos erros do passado não passa, necessariamente, pela adoção de uma postura radicalmente concretista, em todo e qualquer caso. Entre uma postura generalista de autocontenção e um ativismo de grau máximo há possibilidades e variações. E, como em geral acontece, há bons indícios de que, também em relação ao MI, a virtude esteja no meio.

III.3. **A resposta pragmática à crítica democrática. O mandado de injunção está cumprindo o seu papel?**

No plano *pragmático*, a defesa do ativismo procura enfatizar que a postura proativa do Poder Judiciário, ao invés de comprometer, fortaleceria a democracia, tendo em vista o acentuado déficit democrático de nossas instituições representativas[39]. Os tribunais, portanto, canalizariam demandas e anseios populares não realizados por outras vias, revelando-se, sob esse prisma, mais democráticos do que as instâncias representativas.

---

[38] Disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 04 maio 2012.

[39] Segundo Daniel Sarmento: "Em que pese a universalização do direito de voto alcançada ao longo do século XX, hoje uma série de fatores - que vão da influência do poder econômico nas eleições, até a apatia e distanciamento do cidadão em relação à *res publica* - tende a segregar os representantes dos representados, minando a crença de que os primeiros vocalizariam na esfera política a vontade dos segundos. O problema é universal, mas, no Brasil, há componentes que o agravam de forma exponencial, abalando profundamente a credibilidade das instituições de representação popular. (...) Neste quadro preocupante, a objeção democrática contra o ativismo judicial se arrefece, sobretudo quando o Judiciário passa a agir em favor de causas 'simpáticas' aos anseios populares, como a proteção dos direitos sociais" (SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos Sociais:* fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 560).

Outro argumento pragmático de defesa do ativismo diz respeito aos estímulos institucionais. Como o Legislativo e o Executivo, embrenhados em discussões políticas e egoísticas, não parecem absorver as demandas populares, o Poder Judiciário, através de decisões e medidas mais incisivas – como a libertação de presos em carceragens superlotadas –, despertaria nessas instâncias a atenção para a premência quanto ao atendimento de uma necessidade social. A atuação do Judiciário, nesses casos, teria o efeito positivo de fomentar, na sociedade e na mídia, a discussão em torno do tema, criando um ambiente de pressão em relação aos Poderes eleitos. O resultado, ao final, seria a melhora no funcionamento das instituições democráticas.

Tudo isso pode ser aplicado ao ativismo deflagrado pelo STF em relação ao mandado de injunção. Sob o ângulo pragmático, a guinada rumo à efetividade tem se revelado, de fato, um ganho para a democracia, considerando-se que nossas instituições representativas – sobretudo o Legislativo – não têm se revelado satisfatoriamente operantes. Mas há outros argumentos, também de índole consequencialista, que vêm sendo desprezados pela jurisprudência, e que, a médio e longo prazos, podem comprometer os pilares democráticos.

Nesse sentido, uma primeira preocupação relevante tem de ver com as repercussões *orçamentárias e financeiras* das decisões judiciais. Os casos deduzidos em mandados de injunção não são idênticos e, embora seja possível concretizar lacunas normativas em praticamente todos eles, em alguns, haverá repercussões financeiras significativas. Comparem-se os precedentes do direito de greve e do direito à aposentaria especial. Modo geral, pode-se afirmar que a concretização do direito de greve implica uma *abstenção* por parte do Poder Público, qual seja: não impedir a paralisação dos grevistas. Já na hipótese da aposentadoria especial, trata-se da imposição de uma *obrigação de fazer,* que implicará dispêndio considerável de recursos públicos.

Ora, a viabilidade dos regimes de previdência social, na maior parte das vezes deficitários, depende de complexos cálculos atuariais. A estipulação de critérios de idade, de tempo de serviço e de contribuição obedece a lógicas atuariais complexas, diretamente relacionadas ao financiamento do sistema. Justamente por isso, o **art. 201, *caput*, da Carta Maior**, ao tratar da organização da previdência social, instituiu como um de seus pilares a definição de "*critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial*". E não há dúvidas de que a concessão de aposentadorias especiais faz parte – ou deveria fazer – de tais equações.

Não se pode perder de vista, ademais, que a própria Constituição, ao mesmo tempo em contempla a previsão da aposentadoria especial em seu art. 40, §4º, fixa como regra, no **art. 195, §5º,** que: "*Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total*". É justamente em cumprimento a tal regra, aliás, que as aposentadorias especiais concedidas pelo regime geral contam com expressa fonte de custeio, como se verifica do art. 22, inciso II, da Lei nº 8.212/91. Apesar da relevância do tema, *nenhuma* consideração a esse respeito foi tecida pelo STF nos mandados de injunção que chegaram a seu conhecimento.

Em suma: os direitos têm custos[40] e isso precisa ser considerado pelos

[40] V. SUNSTEIN, Cass R.; HOLMES, Stephen. *The cost of rights*: why liberty depends on taxes. New York: W.W. Norton and Company, 1999; e GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos*

tribunais no momento da concretização de direitos em sede de mandado de injunção. Em alguns casos, como no da aposentadoria especial, as decisões interferirão de modo intenso nos programas orçamentários dos entes federativos, o que justifica uma postura mais dialógica do Poder Judiciário. Trata-se de levar a sério os efeitos sistêmicos de suas decisões e privilegiar a noção democrática de que, diante de recursos escassos, cabe primariamente aos poderes eleitos realizar as escolhas alocativas. Com base nessas considerações, é possível cogitar de um segundo parâmetro para guiar o ativismo do Poder Judiciário: *quando a concretização do direito exigir obrigações de fazer por parte do Poder Público (e não meras abstenções), e especialmente quando houver impactos financeiros e orçamentários mais significativos, impõe-se uma postura de maior deferência.*

Outro aspecto que deve ser considerado pelos tribunais diz respeito à avaliação de suas *capacidades institucionais*[41]. É sabido que os juízes não possuem a *expertise* necessária para lidar com questões técnicas e científicas complexas, nem para formular políticas públicas. Evidentemente, podem contar com o apoio de peritos e especialistas, o que aliviará, mas não suprimirá o déficit técnico do Judiciário.

Esse é um ponto da maior relevância. Volte-se, por exemplo, à definição das *atividades de risco* ensejadoras do direito à aposentadoria especial (CRFB, art. 40, §4º, II). Fora dos casos mais óbvios (zonas de certeza positiva e negativa), está o STF aparelhado para precisar, com o grau de tecnicidade que a matéria exige, o que são funções arriscadas?

Não se pode perder de vista, ademais, que, nos casos da greve e da aposentadoria especial, havia *leis análogas*, aplicáveis à iniciativa privada, que serviram de parâmetro para o preenchimento da lacuna normativa. A questão é: e quando não houver tais parâmetros? Estarão os juízes capacitados para a definição de regras absolutamente inovadoras, considerando-se, inclusive, sua atuação de microjustiça (visão de túnel)?[42]

A reflexão se torna ainda mais pertinente diante da potencial repercussão das orientações do STF dentro do próprio Judiciário. Diferentemente da ação direta de inconstitucionalidade por omissão, o MI é instrumento de controle concreto que, observadas as regras de competência, pode ser aplicado inclusive por juízes singulares. Se já se questiona a capacidade institucional do STF, que é o órgão de cúpula do Judiciário brasileiro, para integrar lacunas normativas, com maior razão a preocupação se coloca em relação a juízes e tribunais inferiores. E não há dúvidas de que tais magistrados se espelharão no ativismo do Supremo para formular suas

---

direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

[41] V. SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. *Interpretation and institutions*. July 2002, U Chicago Law & Economics, Olin Working Paper Nº. 156; U Chicago Public Law Research Paper Nº. 28. Disponível em <http://ssrn.com/abstract=320245 or DOI: 10.2139/ssrn.320245>. Acesso em 06 maio 2012.

[42] O problema não é apenas teórico. No julgamento dos mandados de injunção nº 943/DF e nº 1.010/DF (DJ 22 jun. 2011), o STF reconheceu existir omissão legislativa dos Presidentes da República e do Congresso Nacional, ante a ausência de regulamentação do art. 7º, XXI, da Constituição, que trata do aviso prévio proporcional ao tempo de serviço ("Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: ... XXI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;"). Apesar disso, o julgamento das ações foi suspenso sem que definida a proporcionalidade do aviso prévio nas hipóteses concretas sob análise, em razão da diversidade de parâmetros que poderiam ser adotados, e que dividiram a opinião dos Ministros. V. Informativo do STF nº 632, disponível em <http://www.stf.jus.br>. Acesso em 03 maio 2012.

próprias decisões.

De tais reflexões, é possível extrair dois outros *standards* para a atuação do Judiciário em relação ao MI: em primeiro lugar, *quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, mais contida, ou cautelosa, deve ser a atuação do magistrado ou tribunal*. Em segundo lugar, *a existência de leis vigentes passíveis de suprir a lacuna normativa, mediante aplicação por analogia, possibilita um grau maior de ativismo pelo Judiciário*. Nestes casos, a existência de normas passíveis de aplicação analógica *(i)* mitigará o impasse relativo às capacidades institucionais, *(ii)* e conduzirá o Judiciário à concretização de lacunas a partir de regras já emanadas dos Poderes eleitos, afastando a necessidade de uma completa inovação no ordenamento.

Por fim, urge tecer uma breve reflexão no que tange à relação entre *ativismo judicial* e a *real capacidade* de o Poder Judiciário estimular os demais Poderes. O raciocínio, a princípio, parece bastante lógico: decisões mais incisivas do Judiciário despertariam, em tese, a atenção das autoridades públicas para a premência na regulamentação de certo tema, além de fomentarem a discussão na sociedade e na mídia, tudo confluindo para uma resposta proativa por parte dos representantes eleitos. Em outras palavras: a decisão judicial produziria incentivos positivos para o funcionamento das instituições democráticas.

A prática, contudo, oferece exemplos que infirmam a teoria. Lembre-se de que as primeiras decisões proferidas em relação ao direito de greve e à aposentadoria especial datam de 2007, e, desde então, não adveio qualquer regulamentação sobre o tema. Especificamente em relação ao direito de greve, verifica-se que a decisão do STF, ao invés de apressar a aprovação de uma lei, colocou o governo em situação bastante cômoda. É dizer: estancou, e não deflagrou – como se esperava – o processo democrático[43]. Conforme notícia divulgada na mídia:

> Com a decisão do STF (Supremo Tribunal Federal) de estender ao funcionalismo a Lei de Greve do setor privado, **acabou a pressa do governo federal em enviar um projeto para o Congresso para regulamentar o direito de greve no serviço público**. A Folha apurou que, na avaliação do Executivo, a aplicação da lei no setor público acabará com 90% das greves, já que as regras autorizam o corte do ponto dos grevistas. Hoje, esse é o principal problema do governo ao lidar com as paralisações. Embora uma portaria do Ministério do Planejamento estabeleça o desconto dos dias parados, os próprios gestores boicotam a determinação. Nos raros casos em que isso não acontece, os sindicatos obtêm na Justiça decisões

[43] A esse respeito, veja-se a interessante consideração de Alexandre Garrido, para quem "a judicialização promove o 'entrincheiramento constitucional de direitos' e, neste sentido, tanto o Executivo quanto o próprio Poder Legislativo podem, mediante o apoio (deliberado) a esta estratégia de transferência de poderes, retirar temas controvertidos do debate público, onde dificilmente seriam decididos em sentido favorável, seja porque não há consenso possível, seja porque os custos da decisão pelo Judiciário são politicamente menos custosos. Assim, a judicialização de questões políticas, econômicas ou sociais polêmicas pode reduzir os custos (eleitorais ou de apoio político) de uma decisão controvertida ou, ainda, obstaculizar a abertura de um debate sobre políticas públicas ou reformas políticas à participação do Poder Legislativo e da sociedade civil, por exemplo" (SILVA, Alexandre Garrido da. "Minimalismo, democracia e expertise: o Supremo Tribunal Federal diante de questões políticas e científicas complexas", in *RDE*, ano 3, nº 12, out/dez 2008, p. 118). Ou seja: a judicialização pode funcionar como estratégia dos Poderes eleitos para se esquivarem de decisões altamente controvertidas e/ou altamente impactantes.

> impedindo o corte do ponto, uma vez que não há previsão legal para isso. O STF determinou que a Lei de Greve seja aplicada ao setor público (...). No Palácio do Planalto, o entendimento é que **a extensão da lei ao funcionalismo colocou o governo em uma situação "cômoda"**. Como as regras são duras, agora passará a ser interesse dos servidores "correr" com a regulamentação do direito de greve no funcionalismo. Até então, os sindicatos vinham se recusando a tratar do assunto e criticavam a proposta elaborada pelo Executivo. (...)[44]

É verdade que o só fato de o Poder Legislativo ter permanecido inerte não permite tachar de inapropriada ou equivocada a decisão do STF. Formou-se um consenso no sentido de que a omissão legislativa por quase vinte anos revelava-se inaceitável, e isso exigia uma resposta da Corte Constitucional. A notícia demonstra, contudo, que **o ativismo nem sempre provocará as reações institucionais esperadas.**

Mais do que isso, a notícia alerta para riscos ainda mais graves, relacionados à própria desvirtuação do instituto – uma espécie de *desvio de finalidade*. Deve-se ter em mente que o MI foi criado como instrumento para a garantia de direito subjetivos constitucionais. No caso da greve, deveria, portanto, tutelar um direito social dos servidores. Ocorre que, na prática, conforme se extrai da notícia transcrita, prestou-se a atender sobretudo a interesses do Governo, deixando ao desamparo justamente os servidores, destinatários por excelência do direito constitucional. Ou seja: converteu-se em solução política, mais efetiva para driblar a crise de governabilidade que se arrastava há anos do que para tutelar direitos fundamentais[45].

Sem dúvidas, essas são questões que devem ser problematizadas. Afinal, mais do que a completa judicialização da vida, o vigor da democracia parece residir no equilíbrio harmônico entre os Poderes, alimentado pelo bom funcionamento também do Legislativo e do Executivo, e não pela contínua substituição das instâncias representativas por um grupo seleto de intelectuais não eleitos.

IV. **CONCLUSÃO: POR UMA TEORIA ECLÉTICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO.**

No presente artigo, procurou-se desenvolver uma análise quanto à legitimidade democrática do ativismo do Poder Judiciário em relação ao mandado de injunção. Como se demonstrou, o Supremo Tribunal Federal deu

---

[44] NAKAGAWADA, Julianna Sofiafernando. *Governo avalia que STF acabou com 90% das greves do funcionalismo*. Folha de São Paulo, 27 out. 2007. Disponível em <http://supremoemdebate.blogspot.com/2007/10/governo-avalia-que-stf-acabou-com-90.html>. Acesso em 06 maio 2012. Grifou-se.

[45] O compromisso dos tribunais com a *governabilidade* foi veemente destacado por Carlos Ari Sundfeld, para quem esta é uma força vital do fenômeno constitucional brasileiro: "Os Tribunais superiores, e muito especialmente o Supremo Tribunal Federal, assumiram compromisso com a governabilidade e o mantiveram, nestes anos todos. (...) Minha tese é que a história política desses 20 anos conseguiu construir e manter um forte compromisso com a governabilidade, que compensou o potencial desestabilizador de uma Constituição tão rígida, mas o germe da crise continua dentro dela, para atacar se e quando o compromisso enfraquecer" (O fenômeno constitucional e suas três forças. In SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo (Coord.). *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 16/17).

uma guinada rumo à efetividade, acenando para a superação da posição não-concretista de há muito prevalecente. Passou a entender que pode – e deve – sanar omissões inconstitucionais questionadas por essa via, o que restou afirmado em precedentes relacionados ao direito de greve (CRFB, art. 37, VII) e à aposentadoria especial de servidores públicos (CRFB, art. 40, §4º, II).

Não há dúvidas de que, a curto prazo, a mudança de posição é extremamente salutar para a democracia, eis que: *(i)* permite a concretização da vontade qualificada expressada pelos representantes eleitos na Constituição (argumento *normativo*); *(ii)* viabiliza o gozo de direitos e liberdades fundamentais que são pré-requisitos para a democracia (argumento *filosófico*); e *(iii)* canaliza demandas e anseios populares negligenciados pelos Poderes eleitos, os quais passam por forte crise de representatividade, além de propiciar estímulos para a atuação do Legislativo e do Executivo (argumento *pragmático*).

O problema é que, a médio e longo prazos, uma aplicação irrestrita da teoria concretista pode colocar em risco, ao invés de fortalecer, o funcionamento da democracia. No decorrer do artigo, buscou-se problematizar tais aspectos a partir de evidências e reflexões que, embora sem desautorizar, relativizam os argumentos *normativo*, *filosófico* e *pragmático* acima apontados.

Em relação ao *argumento normativo*, demonstrou-se que, atualmente, já se compreende que o intérprete é coautor do processo de criação das normas jurídicas, dele participando com suas pré-compreensões e vivências. Isso, aliado ao fato de que as normas constitucionais são, em regra, abertas e fluidas, coloca em xeque a afirmação de que o juiz, ao concretizar omissões inconstitucionais, estaria realizando uma "vontade da Constituição" una e facilmente identificável. Para racionalizar o ativismo, e provê-lo de maior grau de legitimidade democrática, um dos caminhos parece ser o desenvolvimento das teorias de argumentação judicial, com a exigência de que os juízes fundamentem clara e robustamente suas decisões.

Em relação ao *argumento filosófico*, demonstrou-se que há espaço para uma atuação calibrada do Poder Judiciário a partir do conteúdo do direito pleiteado, o que melhor atenderia ao princípio democrático. No tocante a direitos com maior carga de jusfundamentalidade, é certamente maior a legitimidade do Poder Judiciário para efetivá-los; já quanto a direitos com menor carga de jusfundamentalidade, parece justificar-se uma postura de maior deferência por parte dos juízes (o que não implica, necessariamente, o retorno à fase não-concretista).

Em relação ao *argumento pragmático*, buscou-se demonstrar que outros tipos de reflexão, igualmente consequencialistas, devem também ser enfrentados pelo Poder Judiciário. Em primeiro lugar, urge considerar que as demandas veiculadas em mandados de injunção não são idênticas; ora podem implicar simples *obrigações de não fazer* (como não cobrar tributo de certa instituição beneficiária de imunidade, ou não obstar o exercício do direito de greve pelos servidores públicos), ora podem redundar em *prestações positivas* com acentuada interferência no orçamento. Nestes casos, a legitimidade democrática do Judiciário será menor, eis que a alocação de recursos escassos compete, precipuamente, aos Poderes eleitos, o que recomenda uma postura de maior autocontenção.

Em segundo lugar, falta ao Poder Judiciário *expertise* para lidar com questões técnicas e científicas complexas, inclusive no que tange à formulação

de políticas públicas. Nas decisões pertinentes ao direito de greve e à aposentadoria especial, o STF recorreu à aplicação analógica de diplomas normativos já existentes para suprir a lacuna normativa. E quando não houver parâmetros legais? Ademais, se a questão das capacidades institucionais já se coloca em relação ao STF, órgão de cúpula do Poder Judiciário brasileiro, é ainda mais preocupante em relação a juízes e tribunais de instâncias inferiores. Afinal, eles também serão chamados a decidir mandados de injunção, e certamente se espelharão nas decisões da Corte Maior para dosar o grau de intervencionismo.

Em atenção a tais dificuldades, propôs-se a adoção dos seguintes *standards*: quanto maior o grau de tecnicidade da matéria, mais contida, ou cautelosa, deve ser a atuação do Tribunal; e a existência de leis vigentes passíveis de suprir a lacuna normativa, mediante aplicação por analogia, possibilita um grau maior de ativismo pelo Judiciário.

Por fim, *se*, em tese, uma dose maior de ativismo pode ter a boa intenção de estimular os demais Poderes no sentido da produção da norma faltante, e, com isso, aprimorar o funcionamento das instituições democráticas, fato é que, na prática, tal resultado nem sempre ocorrerá. Citou-se a decisão do STF que regulamentou a greve no serviço público, a qual, ao invés de estimular, fez diminuir a "pressa" do governo quanto à edição de lei sobre a matéria. Neste precedente, ademais, a decisão da Suprema Corte parece ter se desvirtuado da finalidade precípua do MI, vez que, ao contrário de proteger direitos subjetivos, mais se prestou a solucionar crise de governabilidade.

Tais considerações não visam, evidentemente, a enunciar uma fórmula ideal para o ativismo do Poder Judiciário no tocante ao mandado de injunção. A ideia é que, após o impacto inicial da adoção da tese concretista, que foi decisiva para a conquista de efetividade, possam as decisões proferidas ser analisadas de modo mais minucioso e refletido, a partir de suas repercussões e riscos para a democracia. Rompido o mito do legislador negativo, o desafio, agora, é para que o pêndulo retorne a uma posição de equilíbrio, evitando-se tanto a omissão irresponsável, quanto um ativismo sensacionalista por parte dos tribunais.

De todo o exposto, duas conclusões podem ser enunciadas: *em primeiro lugar*, mais do que obstáculos à tendência expressada pelo STF no sentido da tese concretista, as considerações tecidas ao longo deste texto servem ao seu aprimoramento. Em prol da democracia, é importante que a Corte Maior e os demais órgão dos Judiciário enfrentem e problematizem, em suas decisões, os diversos aspectos apontados. Para tanto, é essencial que ofereçam fundamentação robusta às decisões judiciais, que é o meio precípuo de controle da atividade jurisdicional.

Em segundo lugar, não há por que se afastar, de antemão, a adoção de uma postura intermediária (ou eclética) em relação ao mandado de injunção. Uma solução híbrida pode se revelar mais saudável para a democracia, permitindo ao Judiciário, no caso concreto, calibrar o grau de ativismo de suas decisões, à luz de considerações como: a jusfundamentalidade do direito em jogo; a natureza da regulamentação demandada (se uma obrigação de fazer ou de não fazer); os impactos financeiros e orçamentários da decisão; o grau de tecnicidade da matéria envolvida; e a existência ou não de legislação passível de aplicação analógica.

Para o sucesso do projeto democrático-constitucional, portanto, talvez o melhor não seja falar, categoricamente, em *uma* postura certa ou errada do STF, mas em posturas certas e erradas, a depender do conjunto de elementos fáticos, institucionais e normativos envolvidos em cada caso.

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

VORONOFF, Alice. ATIVISMO JUDICIAL E DEMOCRACIA: POR UMA TEORIA ECLÉTICA DO MANDADO DE INJUNÇÃO. Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 29, março, abril, maio, 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-29-MAIO-2012-ALICE-VORONOFF.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.
2) A RERE - Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: ISSN 1981-1888
3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rere@direitodoestado.com.br
4) A RERE divulga exclusivamente trabalhos de professores de direito público, economistas e administradores. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser encaminhados em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho da qualificação do autor, constando ainda na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.
5) Assine gratuitamente notificações das novas edições da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado por e-mail: http://www.feedburner.com/fb/a/emailverifySubmit?feedId=873323
6) Assine o feed da RERE – Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado através do link: http://feeds.feedburner.com/DireitoDoEstado-RevistaEletronicaDaReformaDoEstado