

**XXV ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI - BRASÍLIA/DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

HORÁCIO WANDERLEI RODRIGUES

BEATRIZ VARGAS RAMOS G. DE REZENDE

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

C758

Constituição e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF;

Coordenadores: Beatriz Vargas Ramos G. De Rezende, Horácio Wanderlei Rodrigues – Florianópolis: CONPEDI, 2016.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-212-5

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: DIREITO E DESIGUALDADES: Diagnósticos e Perspectivas para um Brasil Justo.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Constituição. 3. Democracia. I. Encontro Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - BRASÍLIA/DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA I

Apresentação

O Grupo de Trabalho (GT) Constituição e Democracia I, no XXV Encontro Nacional do CONPEDI, realizado nos dias 6 a 9 de julho de 2016, na Universidade de Brasília (UnB), contou com a presença de autores e autoras dos vinte e cinco textos que agora passam a integrar esta publicação, na qual figuram de acordo com a ordem alfabética de seus próprios títulos – ordem que, aliás, orientou sua apresentação e discussão no referido GT, por decisão dos participantes, quando da abertura das atividades.

De forma mais ou menos intensa, o conjunto dos textos reflete a preocupação com temas que ocupam o centro das discussões contemporâneas sobre jurisdição constitucional e democracia.

A questão do ativismo judicial é o foco central de vários dos artigos apresentados, além de merecer, em outros tantos, também alguma referência, ainda que secundária. Desde o debate filosófico-político animado por teóricos como Waldron, Vermeule, Tushnet e Habermas até as análises sobre objetos específicos – como a proposta de Emenda Constitucional n.º 33 /2011, a tese da mutação constitucional do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, ou a função normativa da Justiça Eleitoral – são problematizados os limites da ação do Poder Judiciário e sua necessária interseção com o princípio democrático, o princípio da separação dos poderes e o da inafastabilidade da função jurisdicional.

Constituição como centro do ordenamento jurídico, normatividade dos Direitos Humanos, constitucionalização “do Direito” e constitucionalização “de direitos”, nomeadamente os direitos de acesso à justiça e à informação, figuram entre os temas tradicionais do campo jurídico-constitucional que mereceram enfoque analítico, sob a perspectiva da efetividade da Constituição e seu impacto na realidade brasileira, no tocante à construção da cidadania e à consolidação da democracia no País.

Outro tema de que se ocupam alguns dos textos ora apresentados, e que também corresponde à tradição dos debates do mesmo campo jurídico, é o da interpretação e da hermenêutica constitucional.

Alinham-se ainda outros artigos na temática da exclusão, inclusive das chamadas “ondas neoliberais”, da questão da justiça social e das desigualdades, da dignidade da pessoa

humana e da participação da sociedade civil e dos movimentos sociais, sob a ótica jurídica e econômica.

Finalmente, integram esta publicação artigos que podem ser reunidos sob a ideia comum da aplicação dos princípios constitucionais, a despeito dos variados temas específicos de que se ocupam, desde o meio-ambiente e o federalismo até o poder investigatório do Congresso Nacional e suas limitações e a questão da democratização da informação como coisa distinta do espetáculo, na discussão sobre o Supremo Tribunal Federal e a mídia.

Toda apreciação que destaca os elementos gerais de análises distintas, apesar da identidade do campo de conhecimento em que estão situadas, corre o risco de uma simplificação. Nada substitui a atividade do leitor em contato direto com o texto, sem a intermediação de um intérprete. Por isso mesmo, a apresentação que ora se faz do conjunto dos artigos componentes do GT Constituição e Democracia I, tem o objetivo de uma provocação, tem a pretensão de funcionar como um convite à leitura.

Brasília, julho de 2016

Profa. Dra. Beatriz Vargas Ramos G. de Rezende (Universidade de Brasília - UnB)

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues (Faculdade Meridional)

ATIVISMO JUDICIAL NO PANORAMA DO PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO COMO COROLÁRIO DA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

JUDICIAL ACTIVISM PANORAMA OF THE JUDICIARY AS BRAZILIAN COROLLARY OF DELIVERING THE FUNDAMENTAL RIGHTS

Cleide Alves Messias ¹

Resumo

O estudo tem como escopo enfatizar as balizas do paradigma do Estado Democrático de Direito, especialmente a eficácia dos direitos fundamentais. Será analisada a questão dos direitos sociais face à ausência de concretização pelos poderes políticos e a disposição do Judiciário. Abordará a origem do termo ativismo judicial, suas características e a escolha dos Tribunais por atitudes interpretativas das probabilidades de ação, como meio de acesso à jurisdição. Demonstrará a mudança de perspectiva teórica do direito constitucional e como esse processo aproxima o povo do Poder Judiciário.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Efetivação, Ativismo judicial

Abstract/Resumen/Résumé

The study is scoped to emphasize the goals of the democratic rule of law paradigm, especially the effectiveness of fundamental rights. the issue of social rights in the absence of implementation by the political powers and the willingness of the judiciary will be examined. Address the origin of the term judicial activism, their characteristics and the choice of the courts for interpretative attitudes of action likely as a means of access to the jurisdiction. It demonstrates the change in theoretical perspective of constitutional law and how this process brings the people of the Judiciary.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental rights, Effectiveness, Judicial activism

¹ Professora de Teoria Geral do Processo da FANESE; especialista em Direito Processual Civil; advogada.

I- INTRODUÇÃO

Na atualidade existem grandes debates na seara jurídica relacionado ao ativismo social e sua legalidade democrática ao interferir, com suas disposições, nas esferas dos demais poderes da federação, e junto a isso entra o papel da jurisdição constitucional a respeito desta tensão democrática e legitimadora.

Ademais, a principal causa do ativismo judicial é a omissão por parte dos poderes legislativo e executivo a respeito do cumprimento dos direitos fundamentais postos na Constituição Federal de 1988.

Nesse liame, o estudo abordará primeiramente a importância dos direitos fundamentais, bem como a origem do ativismo judicial que se relaciona ao direito Norte-americano, e, por conseguinte, os direitos fundamentais como base do ativismo judicial.

Por derradeiro, será analisado o ativismo como elemento necessário ao desenvolvimento e concretização dos direitos fundamentais, seguida da conclusão.

Para tanto, a pesquisa desenvolveu-se em âmbito preponderantemente bibliográfico. A metodologia escolhida foi a dogmática instrumental, por mais adequada ao tema, uma vez que a pesquisa terá como foco a doutrina e o ordenamento jurídico brasileiro.

II - IMPORTÂNCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal de 1988, só foram gradativamente obtiveram tamanho reconhecimento da sua importância há pouco tempo. Não à toa que após a sétima Constituição brasileira, chegamos ao que muitos dizem ser o ápice de garantia dada ao cidadão para resguardar a vida digna e todos seus desdobramentos.

Contudo, é necessário ressaltar a evolução da sociedade e do ser humano, que com o passar do tempo foi descobrindo a importância de garantir, de forma imprescindível e mandamental, certos direitos e ocorrências da vida. Essas teses que são defendidas na atualidade ganharam força desde suas primeiras aparições na Grécia, Egito e Roma, onde se debatiam e estudavam alguns direitos, como igualdade, liberdade e dignidade.

Nada obstante, as primeiras manifestações com resultados fáticos encontram-se na Carta Magna inglesa de 1215, na qual foram reconhecidos os primeiros direitos do homem contra o Estado. Nesse período eram considerados de maneira diferente, de forma muito mais limitada, tanto no que pertine à quantidade, quanto ao modo de ação e quais pessoas teriam o poder de fazer valer essas garantias, pois eram direcionadas apenas aos ingleses, sobretudo

aos barões, ou seja, proprietários de terras. Mesmo assim, é de grande importância, pois a partir desse marco, apareceram as normas que futuramente seriam expandidos até a consagração universal (NALINI, 2009).

Mas somente com a constitucionalização desses direitos, nas Constituições americana e francesa, ocorreu a valorização dos direitos considerados sociais no século XX, com à ideia de solidariedade do período pós-guerra, atinge-se assim ao auge de direitos e garantias fundamentais.

Para muitos juristas existe uma divisão histórica em relação à evolução desses direitos, que seriam de três dimensões quais sejam: a primeira engloba os direitos individuais, até o início do século XX, já a segunda está relacionada aos direitos sociais, no período da segunda mundial, e por fim a terceira da solidariedade que teve sua afirmação após a segunda guerra.

No entanto, a doutrina mais evoluída aponta uma quarta dimensão e, quiçá uma quinta dimensão, dos direitos fundamentais, a qual ainda precisa ser consagrada na esfera dos direitos internacionais e nas ordens constitucionais internas, no direito pátrio tem como defensor Paulo Bonavides, nesse sentido Sarlet (2012, não paginado):

[...] há que se referir, no âmbito do direito pátrio, a posição do notável Paulo Bonavides, que, com a sua peculiar originalidade, se posiciona favoravelmente ao reconhecimento da existência de uma quarta dimensão, sustentando que esta é o resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização no plano institucional, que corresponde, na sua opinião, à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

[...]

esta quarta dimensão é composta pelos direitos à democracia (no caso, a democracia direta) e à informação, assim como o direito ao pluralismo. A proposta do Prof. Bonavides, comparada com as posições que arrolam os direitos contra a manipulação genética, mudança de sexo etc., como integrando a quarta geração, oferece a nítida vantagem de constituir, de fato, uma nova fase no reconhecimento dos direitos fundamentais, qualitativamente diversa das anteriores [...]

Contudo, também a dimensão da globalização dos direitos fundamentais, como formulada pelo Prof. Bonavides, longe está de obter o devido reconhecimento do direito positivo interno [...] e internacional, não passando por, por ora, de justa e saudável esperança com relação a um futuro melhor para a humanidade [...]

Portanto, a importância de falar desse aspecto histórico incide na percepção de como foi complicado atingir o patamar da atualidade. Foram séculos de estudos e batalhas para que alguns direitos alcançassem esse patamar constitucional, e, pouco a pouco, fossem se acumulando, a ponto de chegar a uma relevância imensurável.

Nesse contexto, nota-se que com o passar dos anos vários acontecimentos, os quais repercutiram mundialmente, os legisladores e estudiosos do direito começaram a exhibir, a revelar a essência desses direitos, que são inerentes à própria vida humana, isto é, sua existência independe de qualquer vontade ou protocolo, mas que ainda não possuía o devido reconhecimento (SOUZA NETO, 2010).

A proteção aos direitos fundamentais passa a ter destaque constitucional, já que tem como escopo o próprio povo, no sentido de garantir-lhe uma vida digna. Compete lembrar que

se usa o vocábulo “povo”, pois não se poderia fazer nenhum tipo de discernimento em relação a quem poderia fruir e estabelecer tais direitos. Toda pessoa é digna, fundamentalmente, de boa qualidade de vida, moradia, saúde, educação, dentre outros. Utilizar outra palavra como, por exemplo, “cidadão”, ocasionaria um sentimento de eliminação, o que confrontaria a própria natureza dessa classe de direitos, que têm caráter “universal”.

Esses direitos, por serem transcendentais, são de interesse global, ensejando a internacionalização dos mesmos, através de declarações e tratados internacionais que lhe conferem eficácia. Na nossa Constituição Federal de 1988, esses direitos estão atualizados no preâmbulo, no meio dos objetivos, fundamentos, princípios, tendo inclusive título próprio, não afastando o reconhecimento de outros direitos igualmente fundamentais por todo o texto constitucional. Logo, verifica-se o quão grande foi a preocupação do constituinte originário na defesa de tais direitos.

É cediço que a Carta Magna é o centro do ordenamento jurídico pátrio e dela emana todos os direitos e as normas hierárquica inferior deve estar em concordância com ela, sob pena de ser considerada “inconstitucional”, isto é, ser tida como “estranha” ao ordenamento, devendo ser revogada, desconsiderada em seus efeitos.

Nesse liame, nota-se que a Constituição Federal é embasada em normas e princípios voltados e que decorrem da dignidade da pessoa humana.

III - ATIVISMO JUDICIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Antes de adentrar no tema ativismo judicial propriamente dito, faz-se necessário distinguir judicialização do ativismo. A um passo que são da mesma família, mas não possuem as mesmas origens, isto é, não são gerados, a rigor, pelas mesmas causas próximas. Sendo que a judicialização, no contexto brasileiro, um fato, uma ocorrência que surge do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício determinado de vontade política. Nesse contexto, no caso de judicialização o judiciário faz o que lhe é pertinente sem opção de

escolhas, pois se uma norma constitucional consente que dela se subtraia uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela avaliar, determinando a matéria. Já o ativismo judicial é um estilo, a opção de um modo característico e proativo de interpretar a Constituição, ampliando o seu sentido e alcance.

O ativismo judicial teve sua consagração nos Estados Unidos em decorrência da postura adotada pela suprema corte no julgamento de determinados casos, que tiveram efeitos mais abrangentes.

Insta destacar, que os constitucionalistas em sua maioria atribuem à origem do Ativismo Judicial a doutrina norte-americana, devido ao grande desempenho da Suprema Corte daquele Estado nas questões políticas e sociais.

Em muitas situações, a retirada do juiz constitucional do cenário de implementação (e não apenas defesa) de direitos fundamentais constitucionalmente verbalizados vai produzir resultados semelhantes às posturas liberais de diminuição do papel do Estado. Isso porque permitir que o legislador assuma, isoladamente e livremente, o risco de não implementar certos direitos mínimos, ou um mínimo de certos direitos, permitiria a transformação constitucional do Estado democrático e social em puro Estado liberal descomprometido com valores comunitários. Também autorizaria um Estado arbitrário, no qual nem mesmo liberdades públicas são plenamente respeitadas. Ocorreria o retorno à prepotência do Parlamento e prevalência das decisões majoritárias em detrimento das minorias.(TAVARES, 2012, p.55)

No Brasil, o ativismo judicial surge após a Carta Magna de 1988 e, mais recentemente a ocorrência do fenômeno tem sido constante, especialmente na atuação do Supremo Tribunal Federal, o guardião da constituição, em questões políticas (delimitação da fidelidade partidária) e sociais (deliberação de postura do poder público para custear tratamentos de saúde), criando jurisprudência e Súmulas Vinculantes (BARROSO, 2009).

Nesse diapasão, nota-se que o ativismo judicial é uma tendência mundial e no Brasil, tem como causas principais a redemocratização, que teve como ponto alto a publicação da atual Constituição, a constitucionalização abrangente, tornando constitucionais matérias que antes eram debeladas ao princípio da legalidade ou ao procedimento político, e o sistema misto de controle de constitucionalidade.

Com efeito, é imprescindível perceber, todavia, que judicialização e ativismo judicial, embora sejam elementos jurídicos que preservam a relação de proximidade, são termos que, a rigor, têm significados distinguidos, uma vez que, naquele caso, a decisão judicial, sem opções, transcorre do sistema, do modelo constitucional adotado, ao passo que, neste, há “[...] uma atitude, a opção de um modo característico e proativo de decifrar a Constituição, majorando o seu sentido e alcance” (BARROSO, 2009, pp.339-340).

Moreira (2012) conceitua os fenômenos da judicialização e o do ativismo judicial,

asseverando que apesar de muito próximos, não se confundem, enquanto o ativismo judicial é entendido como uma atitude ou comportamento dos magistrados no sentido de revisar temas e questões de competência de outras instituições, com a finalidade de alcançar a progressiva transferência de poderes decisórios das instituições representativas para o judiciário, a judicialização da política – mais ampla e estrutural - cuidaria de macrocondições jurídicas, políticas que favoreceriam a transferência decisória do eixo dos poderes legislativo e executivo para o poder judiciário.

Explicando a judicialização da política e a politização do direito, pertinente é o entendimento de Campilongo (2011, não paginado), que conclui pela inevitabilidade da politização da magistratura:

[...] Na relação entre os sistemas político e jurídico a Constituição e os tribunais exercem peculiar função de permitir o “acoplamento estrutural” entre esses sistemas. Cada sistema mantém sua integridade, sua clausura operacional, e continua a operar com base em seus mecanismos específicos ou autorreferenciais. Entretanto, os sistemas estruturalmente acoplados estão abertos a influências recíprocas, que permitem uma multiplicação das chances de aprendizagem na comunicação intersistêmica. E tudo isso sem que os sistemas político e jurídico se descaracterizem. É Luhmann quem destaca o fato “de que os programas do sistema jurídico não podem determinar completamente as decisões dos tribunais”. [...] A função política do magistrado resulta desse paradoxo: o juiz deve, necessariamente, decidir e fundamentar sua decisão em conformidade com o direito vigente; mas deve, igualmente, interpretar, construir, formular novas regras, acomodar a legislação em face das influências do sistema político. Nesse sentido, sem romper com a clausura operativa do sistema (imparcialidade, legalismo e papel constitucional preciso) a magistratura e o sistema jurídico são cognitivamente abertos ao sistema político. Politização da magistratura, nesses precisos termos, é inevitável.

Nesse sentido, o ativismo judicial está ligado a uma participação mais ampla e intensa do Judiciário na efetivação dos valores e fins constitucionais, com máxima interferência no espaço de ação dos Poderes Legislativo e Executivo. Logo, tudo transcorre do exercício da jurisdição constitucional, que, não oponente tensões institucionais, no Estado Democrático de Direito, modificar-se-á na garantia da eficácia dos direitos essenciais sociais e da própria democracia.

E com a consolidação das normativas dos direitos sociais, o dogma da separação dos poderes passou por uma reestruturação completa, tendo como embasamento a execução dos princípios e preceitos constitucionais. De tal modo, nas palavras de Agra (2010, p.87), “não existe mais função típica ou atípica, mas uma ação para constituir os freios e contrapesos, no sentido de que os mandamentos constitucionais possam ser desempenhados”.

É inegável o papel dos operadores do direito no controle da aplicação e efetivação dos direitos fundamentais, nesse sentido esclarecedora é a lição de Campilongo (2005, p.87):

Os operadores do direito ocupam um lugar singular na engenharia institucional. Além de suas funções habituais, compete ao Judiciário controlar a constitucionalidade e o caráter democrático das regulações sociais. Mais ainda: o juiz passa a unificar o circuito de negociação política. Assegurar as políticas públicas, evitar o desvirtuamento privatista das ações estatais, encarar o processo de desinstitucionalização das desordens somente para catalogar algumas hipóteses de trabalho significa conferir ao julgador uma função ativa no processo de afirmativa da cidadania e da justiça substantiva. Justapor o direito tende a configurar-se, assim, apenas num resquício da atividade judiciária, agora também combinada com a escolha de valores e aplicação de modelos de justiça.

A postura ativista manifesta-se em algumas condutas como: a) o uso direto da Carta Magna nas circunstâncias não claramente apreciadas em seu texto e independentemente de revelação do legislador ordinário; b) a declaração de inconstitucionalidade de atos normativos procedidos do legislador, com embasamento em discernimentos menos rigorosos que os de patente e ostensiva violação da Constituição, c) a obrigação de condutas ou de abstenções ao Poder Público, especialmente em matéria de políticas públicas (CAMPILONGO, 2005).

Nessa senda, com fundamento na lição de Binjenbojm (2010), o qual leciona que o Estado Democrático de Direito é a fusão histórica de duas ideias originariamente antagônicas: a democracia, constituída na soberania popular, e o constitucionalismo, ligado à restrição de poder. A democracia constitucional, proclamada hoje como o regime político ideal, “[...] existe sob o influxo de uma tensão latente entre a vontade da maioria e a vontade superior expressa na Carta Magna”.

Portanto, a jurisdição constitucional é uma instância de poder contramajoritário, pois, estabelecida na opinião da supremacia da Constituição, reduz o espaço decisório dos administradores políticos eleitos pelo povo, quando a decisão política contradizer princípios e direitos analisados como inalienáveis pelo poder constituinte natural, os quais são tidos como condições estruturantes e eficazes ao bom desempenho do próprio regime democrático. A função da jurisdição constitucional, pois, “[...] é mesmo a de extinguir definidos atos votados e aprovados, majoritariamente, por representantes eleitos”, quando ofensivos à Constituição, sendo que essa “[...] interferência se dá a favor, e não contra a democracia” (BINENBOJM, 2010, p. 87).

Nesse liame, o ativismo judicial que não é característica particular do direito brasileiro, tem sido definido em relação às decisões do STF, as quais estão cada vez mais atuais na mídia, em função da relevância dos temas nelas versados.

Ademais, lembra Vieira (2011) que a dimensão do Supremo Tribunal Federal é fator da sua construção institucional, a pretensão constitucional, ao tratar de todos os temas, provocando uma explosão da litigiosidade em torno da Carta Magna, as jurisdições superlativas do STF, que, na função de guardião constitucional, teve expandido um elenco de demandas apreciadas em única instância, bem como a probabilidade de operar como instância

recursal. A instituição da repercussão geral no recurso extraordinário e da Súmula Vinculante, apesar de amortecerem a quantidade de processos contemplados pelo STF, emprega ainda mais os poderes do STF nas questões essenciais da sociedade.

Vale ressaltar que, o deslocamento da autoridade do sistema representativo para o Judiciário é, antes de tudo, uma implicação do avanço das Constituições ríspidas, dotadas de sistema de controle de constitucionalidade, já se enxergam reações do Congresso Nacional em relação a essa ação do STF. De todo modo, a ele, STF, compete à última interpretação da Constituição, que, no Estado Democrático de Direito, tem duas funções respeitáveis, quais sejam, a consignação das regras do jogo democrático, garantindo a participação política larga, o governo da maioria e a mudança de poder, e, como a democracia não se compendia ao princípio majoritário, resguardar valores e direitos fundamentais, mesmo que versus a pretensão circunstancial de quem tem mais votos.

É evidente que os direitos fundamentais possuem função normativa, mas esse fato, por si, revela-se escassa para afiançar a seu amparo judicial pleno, pois muitas ocasiões esse fato estar sujeito de condições materiais que fogem da alçada do Poder Judiciário, especialmente em virtude da vagueza e indeterminação dos preceitos que os preveem. Precisa-se, dessa forma, de uma intermediação legislativa para a apropriada delimitação dos seus contornos e significação das políticas públicas apropriadas à concretização dos seus desígnios constitucionais (BONAVIDES, 2009).

Deve-se compreender, nada obstante, que, se o Legislador ultrapassar as margens desse seu poder de adequação ou se verificar supressões administrativas injustificáveis, o Poder Judiciário, como instância derradeira do cidadão, pode exercer um controle de constitucionalidade no caso concreto, restaurando a ordem jurídica.

IV. O JUDICIÁRIO COMO PODER ATIVO EM FACE DAS OMISSÕES ESTATAIS

Como explanado alhures, há direitos fundamentais sociais, muitos previstos na Constituição Federal como norma de conteúdo programático e, por isso necessitam de complementos ou interferências do Estado, através dos Poderes Legislativo e Executivo, a um passo que o primeiro necessita preparar e consentir projetos de lei para tal concretização destes direitos sociais, já o segundo possui o condão de inserir políticas públicas para garantir aos cidadãos os direitos mínimos de existência, para com isso possuir uma vida digna.

Nada obstante, o que acontece na realidade é um total desrespeito à sociedade, pois, existir uma prática omissiva nos dois os poderes estatais, isto é, o Legislativo não cria e não

aprova projetos leis que visem consolidar os direitos fundamentais sociais e o Executivo além de inserir poucas ou quase nenhuma política pública para esse fim, muitas vezes alegando não ter verbas suficientes para atender aos direitos sociais da população, em total descaso com os direitos mais essenciais com a saúde, direito à moradia, educação, segurança, transportes, embora o Brasil seja um dos Países que mais arrecada impostos no mundo.

Ressalte-se que, em muitas situações, para a sociedade ter de fato seus direitos sociais consolidados é imprescindível a intervenção do Poder Judiciário através do Supremo Tribunal Federal em controle de constitucionalidade limitado ou mesmo dos magistrados, em exigências de primeiro grau, em controle difuso de constitucionalidade, uma vez que se constituem nos direitos fundamentais escalonados na Constituição Federal.

Nesse limiar, surgem as correntes doutrinárias que tratam do ativismo judicial, a primeira defende a inconstitucionalidade deste comportamento do Judiciário, a Teoria procedimentalista (GALVÃO, 2010), ao fundamento de que qualquer cidadão não pode exigir do Judiciário que lhe garanta os direitos previstos na Lei Maior, sob o manto do princípio da dignidade da pessoa humana, um embasamento da Carta Magna através de imposições ao Estado, com a finalidade de que este preste ao cidadão, direitos sociais mínimos, pois tal condição e aplicação pelo Judiciário ofenderia o princípio da separação dos poderes (art. 2º CF/88).

Nessa seara, o ativismo judicial centra-se no campo do direito e ingressa na seara política, para resolver as dificuldades políticas por meio de discernimentos jurídicos.

A segunda corrente, denominada Teoria substancialista, preceitua que é dever do Supremo Tribunal Federal, o guardião da Constituição Federal, fazer valer as suas vezes e assegurar estes direitos fundamentais, seja em controle limitado, seja em controle difuso de constitucionalidade, desde que alguns comportamentos ofendam a paz social, a vida digna dos cidadãos, os direitos existenciais, liberdades, enfim os direitos fundamentais sociais previstos na Carta Magna de 1988.

Nota-se que existem doutrinadores que podem se mostrar opostos ao ativismo judicial, sob a argumentação de que um acréscimo de poder ao judiciário seria uma irregularidade de desígnio, desvio do fim do judiciário, porém inexiste tal declaração, uma vez que os juízes permaneceriam apenas justapondo o direito, os direitos fundamentais em especial, direitos estes que gozam de auto executoriedade.

Entende Mancuso (2011) que o judiciário, cuja atuação ocorre a *posteriori* acaba arcando com os custos diversos, desde a pecha do excesso de ativismo até a chamada dificuldade contramajoritária, por ser a legitimação do mesmo de ordem técnica.

Ressalte-se que o judiciário possui competência para controlar a legalidade de todo e qualquer ato vindo pelo poder público, seja vinculado ou discricionário, e ademais, o controle político combinado com a conveniência e cabimento típicos do administrador precisa ser igual ao modo se sua contingência também controlada pelo Judiciário numa explanação não mais lógico-formal de suas imputações, mas em sentido material-valorativo, ao examinar se a medida coaduna-se com os princípios consagrados na Constituição.

V- O ATIVISMO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO AO DESENVOLVIMENTO E CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A inconstitucionalidade de uma política governamental pode acontecer tão somente em função de seu próprio intuito, mas também por decorrência dos meios ou instrumentos sugeridos para a sua concretização. Esse controle judicial não fere a democracia. Pelo contrário, como regime de governo correspondente ao respeito à dignidade da pessoa humana por meio da tutela dos direitos fundamentais, reclama-se nela a efetividade dos direitos sociais, para que não exista eliminação da própria liberdade.

Os direitos fundamentais garantem a estrutura básica do regime democrático, já que por meio deles, a começar pelo direito à educação, o cidadão contrai a capacidade de intervir nos destinos da comunidade em que vive. Conforme preconiza Baracho (1995), a democracia provoca a participação dos cidadãos, não apenas nos negócios públicos, mas na efetivação de todos os direitos e garantias sagrados na Carta Magna e nos múltiplos segmentos do ordenamento jurídico global.

Lembra Lopes (2005), ao Judiciário, que no Estado Democrático e Social de Direito, compete determinar a seguinte encruzilhada: “assegurar as regras do jogo, mas de um jogo que sirva para aumentar liberdade e igualdade. Pode-se dizer, deste modo, que, em contexto de exclusão social, não oponente o respeito à liberdade de adaptação do legislador, o princípio democrático não evita a proteção judicial aos direitos sociais.

A democracia não significa somente o governo da maioria, não afasta, ao contrário, rezinga pronto desempenho do Judiciário, que deve operar como guardião da dinâmica representação majoritária contra pensamento minoritário, resguardando “[...] a maioria inalterável (Constituinte) contra a atuação desconforme da maioria casual, conjuntural e provisória (legislatura)” (MORAES, 2010, p.187).

O judiciário é incumbido de instituir mecanismos de institucionalizar a democracia crítica, no sentido de puxar o povo da passividade e da mera reatividade, para que ele seja uma força ativa, com capacidade de ação de projetos políticos organizados por si mesmo, ou seja, um povo que seja sujeito da política, e não seu objeto ou ferramenta, alvo que, tranquilamente, passa pela maximização dos direitos sociais.

Cumprir destacar, sempre com prudência e razoabilidade, ao juiz é consentido o controle de constitucionalidade quanto à omissão ou escassez de uma política pública eficaz

aos fins constitucionais, bem como a investigação dos motivos que levaram à respectiva circunstância e da existência de lesão (ou não) dos direitos sociais no caso concreto.

É pacífico o entendimento que a formulação de políticas públicas, a concepção de métodos e a ordenação de despesas são ações estatais que não se amoldam à função jurisdicional tradicional, mas a seu desempenho nessa área revela-se muito respeitável para o aperfeiçoamento da democracia brasileira. A concepção de Estado de Direito situada nos direitos, assim para além do texto legal, enriquece a democracia ao sobrepor um fórum independente.

E mesmo o Judiciário não devendo ser o palco normal das alterações a respeito de políticas públicas, as suas decisões, inclusive com reflexos orçamentários analisáveis, têm tido a vantagem de ocasionar o debate para a arena política, ocasionando, na prática, a reformulação de práticas escassas e a criação de outras, especialmente naqueles setores em que o Poder Público, tradicionalmente, mantinha-se inconstitucionalmente omissivo.

Deve-se ter em mente, na lapidar lição de Nalini (2009), que o juiz desempenha uma função em que a concretização dos direitos fundamentais é rotina e necessita estar consciente de que dele depende a etapa mais ajuizada dessa doutrina: a sua efetiva implementação.

Dessa maneira, a concretização dos direitos fundamentais, como fator responsável pelo aperfeiçoamento da própria democracia, depende de uma postura crítica do intérprete quanto à força normativa da Constituição, a qual deve ser de sensibilidade psicológica, cautela e humanismo, algo que transcende uma linha de pensamento puramente lógico-formal ou de tecnicismos desconectados com o fato.

Por fim, em um país em que as composições políticas e a democracia são mais formais do que reais, em que os direitos humanos só são concretizados na apropriada conveniência e habilidade de resistência das elites, o ativismo judicial, adequadamente empregado, além de cooperar para o aprimoramento da democracia, em especial quando amplia os efeitos dos direitos fundamentais aos excluídos, não só é desejável, mas indispensável.

CONCLUSÃO

O Ativismo Judicial no Brasil é plenamente legítimo, desde que as decisões judiciais sejam compatíveis com os preceitos constitucionais e com os valores atuais da sociedade. Significando, que os magistrados não devem produzir decisões vaidosas, segundo convicções pessoais e presunçosas.

É inegável que o ativismo judicial é a expressão do crescimento da democracia global e do primado da liberdade, vale dizer que o Poder Judiciário tradicionalmente manteve-se distanciado das discussões em torno dos grandes temas de interesse da sociedade, mas atualmente, entretanto, tendo em vista a inércia do Legislador ordinário, essa postura vem cedendo lugar a uma conduta mais ativa e participativa dos órgãos dirigentes do Poder Judiciário.

Compreende-se que a vontade de ascender ao poder é mais forte que a fragilidade da natureza humana, logo, não convém que as mesmas pessoas que detêm o poder de Julgar e Executar as leis tenham também em suas mãos o poder de Legislar, pois elas poderiam isentar-se da obediência às leis que fizeram, e adequar a lei à sua vontade, bem como proferirem decisões equivocadas ou inovadoras que produzam danos irreparáveis às garantias essenciais de toda uma sociedade.

A intervenção do STF nessa direção de cumprir preceitos constitucionais tem causado estranheza para alguns, pois objetiva dar voz àquele que é o titular do poder, o povo, tendo em vista que essa Corte Constitucional é composta por Ministros não eleitos pelo voto direto para defender interesses sociais.

No entanto, diante da omissão do Legislativo e do Executivo, no legítimo desempenho de suas funções e efetivação dos direitos fundamentais sociais, pode o Supremo Tribunal, posicionar-se para concretizá-los. Dentro desse raciocínio, observa-se que a fração de poder conferida a esse órgão, no nosso atual Estado democrático de Direito, deve ser exercida estabelecendo, indispensavelmente, um ponto de equilíbrio democrático, absolutamente prudente para respeitar as frações de poder conferidas.

Não se pode negar, apesar das inúmeras correntes em sentido contrário, que o ativismo judicial é uma realidade e não pode sofrer retrocesso, diante do avanço dos direitos fundamentais, como instrumento para implementá-los, quando omissos o Estado por meio dos demais poderes (Executivo e Legislativo), no necessário limite de um agir para afastar injustiças e/ou ofensas aos direitos fundamentais sociais, seja no plano individual quanto no coletivo e/ou difuso, em especial para garantir uma existência digna a todo cidadão, tendo em vista que deve-se dar a máxima efetividade às liberdades, a igualdade e a dignidade da pessoa humana, que se integram ao conteúdo essencial do Estado Democrático de Direito.

Portanto, é fundamental uma postura ativa, responsável, comprometida e reflexiva dos operadores do direito, em especial dos julgadores, na atuação para concretização dos direitos reconhecidamente fundamentais, como corolário e afirmador da força normativa da Constituição Federal de 1988 e, via de consequência, do Estado Democrático de Direito. E,

principalmente, como meio de aproximação do Estado com a sociedade, face à necessidade de uma resposta concreta dos poderes públicos, em suas três esferas, por uma sociedade mais justa, com o atendimento dos direitos fundamentais sociais, como saúde, educação, moradia digna, transporte etc.

Assim, o ativismo judicial é um forte instrumento na busca do reconhecimento e concretização dos direitos fundamentais, nas suas várias dimensões, como fruto do processo democrático, seja de participação pública de caráter formulador de políticas públicas sociais, assim como, em um processo de fenda de participação de explanação de demandas constitucionais de empenho da comunidade. Em suma, deve, sim, o juiz constitucional fazer valer os direitos fundamentais existentes na Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **“Direitos sociais”**. Tratado de Direito Constitucional. Coordenação de Ives Gandra da Silva Martins, Gilmar Ferreira Mendes e Carlos Valder do Nascimento. São Paulo: Saraiva, 2010.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência. – 4ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009.

BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **Teoria geral da cidadania: a plenitude da cidadania e as garantias constitucionais e processuais**. São Paulo: Saraiva, 1995.

BINENBOJM, Gustavo. **A nova jurisdição constitucional**: legitimidade democrática e instrumentos de realização. – 3 ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Renovar, 2010

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 9 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CAMPILONGO, Celso Frenandes. **Política, sistema jurídico e decisão judicial**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011. [ebook]

CAMPILONGO, Celso Fernandes. **“Os desafios do Judiciário: um enquadramento teórico”**. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1ª ed. 4ª tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **“Direito subjetivo e direitos sociais: o dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”**. Direitos humanos, direitos sociais e justiça. José Eduardo Faria organizador. 1 ed. 4 tir. São Paulo: Malheiros, 2005.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Acesso à justiça**: condicionantes legítimas e ilegítimas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Maria Celina Bodin de. **Na medida da pessoa humana: estudos de direito civil-constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Teoria da reforma constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2012.

NALINI, José Renato. “**Protagonismo ético judicial e perspectivas do Judiciário no século XXI**”. Revista dos Tribunais, São Paulo, RT, ano 98, vol. 889, nov. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11^a ed. Porto Alegre. Livraria do Advogado. 2012. [ebook]

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. “**A judicialidade dos direitos fundamentais: críticas e parâmetros**”. **Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécies**. Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento coordenadores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

TAVARES, André Ramos. Paradigmas do judicialismo constitucional. São Paulo: Saraiva, 2012.
VIEIRA, Oscar Vilhena. “**A desigualdade e a subversão do Estado de Direito**”. Estado de Direito e o desafio do desenvolvimento / Oscar Vilhena Vieira e Dimitri Dimoulis organizadores. São Paulo: Saraiva, 2011.