

DA FALTA DE NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL À JUDICIALIZAÇÃO E AO ATIVISMO JUDICIAL¹

FROM THE LACK OF CONSTITUTIONAL REGULATIONS
TO THE JUDICALIZATION AND TO THE JUDICIAL ACTIVISM

Adriana Monteiro Ramos²

Sumário: 1. *Introdução;* 2. *Evolução histórica da normatividade constitucional;* 3. *Judicialização;* 4. *Ativismo Judicial;* 5. *Algumas considerações sobre a crescente intervenção judicial;* *Conclusão;* *Bibliografia.*

RESUMO

O presente artigo pretende demonstrar que a normatividade constitucional brasileira passa por um processo de mudança, consistente no aumento da intervenção do Poder Judiciário na solução dos conflitos que lhe são submetidos. Analisar-se-á, inicialmente, a evolução histórica da normatividade constitucional no cenário mundial, destacando-se a falta de normatividade dos primeiros documentos políticos, o posterior reconhecimento de sua normatividade, para então enfatizar a mudança paradigmática do processo interpretativo das normas constitucionais. Em seguida, traçando um paralelo com a realidade do Direito brasileiro, demonstrar-se-á que questões de relevância social e moral são submetidas com maior frequência ao Poder Judiciário (judicialização), que vem assumindo ação proativa, voltada à ampla interpretação das normas constitucionais (ativismo judicial).

PALAVRAS-CHAVE

Constituição; Normatividade; Judicialização; Ativismo Judicial; Concretização.

ABSTRACT

This article intends to analyze that the normativity of the Brazilian Constitution is changing because the legal legitimated organs are increasing their performance in the solution of conflicts submitted to them. It will analyzes, initially, the historical evolution of constitutional normativity in the current world scenario, detaching the lack of

¹ Artigo recebido em: 13/05/2010; Aceito para publicação em: 27/05/2010.

² Mestranda em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP. Pós-graduada em direito processual civil pela Faculdade Metropolitana de Manaus – FAMETRO. Defensora Pública – AM. E-mail: drimr@bol.com.br.

normativity from the first fundamental laws, the subsequent recognition of its normativity, and then emphasizes the paradigm shift in the interpretation process of constitutional norms. Then, drawing a parallel with the reality of Brazilian Fundamental Law, it will be demonstrated that issues of social and morals relevance are been submitted with higher frequency to the Judiciary system (Judicialisation), that has been taking proactive action, directed on a broad constitutional interpretation (judicial activism).

KEYWORDS

Constitution; Normativity; Judicialisation; Judicial Activism; Implementation.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo fará uma abordagem do atual estágio da normatividade constitucional brasileira, destacando as diferenças existentes entre judicialização e ativismo judicial e os caminhos percorridos pelo Judiciário brasileiro no processo de concretização de valores e fins constitucionais.

Inicialmente, far-se-á uma análise da evolução normativa dos textos constitucionais no cenário mundial, destacando-se a falta de normatividades dos primeiros documentos políticos, o posterior reconhecimento de sua normatividade, especialmente intensificado após a segunda grande guerra mundial, para então enfatizar a mudança paradigmática do processo interpretativo das normas constitucionais.

Em seguida, será traçado um paralelo com a realidade do poder judiciário brasileiro, cuja atuação, na última quadra, tem-se mostrado proativa, notadamente em decorrência da baixa atuação dos demais poderes e da necessidade de se dar concretude a pretensões de larga repercussão social, moral e política.

A constatação da necessidade de concretude das mencionadas pretensões, não solucionadas pelos poderes competentes, vem promovendo, paulatinamente, uma mudança na forma de interpretação da Constituição. O poder judiciário, diante das inúmeras pretensões que lhe são submetidas e da necessidade de oferecer respostas a elas, realiza direitos subjetivos de cunho social e político, ignorados pelos poderes executivo e legislativo. Este fenômeno recebe o nome de “judicialização”.

O ativismo judicial, por sua vez, apesar de assemelhar-se à judicialização, dela diverge por originar-se de causa imediata diversa, qual seja, o deliberado exercício de vontade política. Enquanto a judicialização decorre do modelo constitucional, com aplicação das normas constitucionais na solução de caso específico, o ativismo judicial expande o alcance e extensão dessa mesma norma, para assim conferir a mais ampla realização dos seus fins e valores.

Quaisquer pretensões, portanto, inclusive as que envolvam questões políticas e sociais, poderão ser analisadas pelo poder judiciário (judicialização) e a sua realização (ativismo) poderá decorrer ou da aplicação da norma constitucional a situações não contempladas expressamente pelo texto; ou do reconhecimento de inconstitucionalidade

de uma dada norma/ato com base em parâmetros menos rígidos; ou ainda a partir de uma ordem de atuação ou abstenção ao Poder Público.

Feitas as necessárias considerações acerca da judicialização e do ativismo judicial, expressões da máxima normatividade da Constituição, ambos encampados pelo judiciário brasileiro, sobretudo pelo Supremo Tribunal Federal, abordar-se-á, ao final, os riscos do ativismo e alguns parâmetros que não podem ser vilipendiados pelo judiciário como forma de garantir a legitimidade de sua atuação.

2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA NORMATIVIDADE CONSTITUCIONAL

O Estado moderno tem origem no século XVI, ao final da idade média, em meio a uma sociedade feudal em processo de decadência e onde se acreditava que o poder conferido ao rei possuía origem divina. A prática jurídica herdada advinha do direito romano, ainda não sistematizado em legislações escritas.

O constitucionalismo moderno é fruto de uma reação ao poder absoluto que dominou o velho mundo até o século XVIII. A realidade social e política então vivenciadas, que concentrava o poder e o gozo de direitos apenas nas mãos do monarca e da nobreza, desencadeou o surgimento de uma filosofia reacionária, denominada jusnaturalismo, de cunho jurídico-moral, em oposição aos excessos da época. Para a teoria em comento, os direitos naturais representavam valores e pretensões cuja existência e observância prescindiam de norma escrita.

À filosofia jusnaturalista deve-se o advento do Estado Liberal e a consolidação dos valores e fins constitucionais em textos escritos. A disseminação dos seus ideais, contudo, representou, paradoxalmente, a ascensão e a decadência dessa filosofia. Se de um lado foi o ‘combustível das revoluções liberais’ (BARROSO, 2009, p.237a), a exemplo do iluminismo, da Revolução Francesa, da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e da Declaração de Independência dos Estados Unidos (1776); por outro, o jusnaturalismo viu-se cercado pela própria armadilha, pois, ao lado do iluminismo, passou a promover, num movimento inverso ao até ali traçado, a codificação desses direitos naturais³ como forma de efetivamente preservá-los.

O início do século XIX, portanto, foi marcado pela ascensão do positivismo jurídico e conseqüente derrocada dos direitos naturais, os quais, “[...] cultivados e desenvolvidos ao longo de mais de dois milênios, haviam se incorporado de forma generalizada aos ordenamentos positivos. Já não traziam mais a revolução, mas a conservação” (BARROSO, 2009, p. 237a). O jusnaturalismo deixa o centro das atenções e assume posição secundária.

É nesse processo de transição, de superação do modelo jusnaturalista pela teoria positivista, que surgem as primeiras ‘Constituições’ escritas, fortemente influenciadas pelo ideal jusnaturalista – refletiam aspirações do direito natural e do pensamento

³ Nesse processo de codificação, o código civil francês - código napoleônico, é considerado a maior expressão desse movimento (1804).

revolucionário e libertário daquele momento histórico. Estas Cartas Políticas, no entanto, agregavam apenas um conceito político e filosófico, inexistindo, à época, a percepção jurídica daqueles documentos. A doutrina que negava seu valor jurídico predominava e assim impedia a normatividade constitucional.

As Constituições eram vistas muito mais como Cartas de intenções, formada por princípios e valores éticos, destituídas de eficácia vinculante e até mesmo de aplicabilidade, do que ‘norma jurídica’.

A doutrina francesa de então, que predominou nos anos seguintes e influenciou até mesmo autores do século XX, como Esmein, Hauriou e Carré de Malberg, não raro negou valor jurídico às Declarações de Direitos e Preâmbulos, que acabavam reduzidos a um mero conjunto de princípios abstratos, sem eficácia vinculante e de aplicabilidade duvidosa e mesmo impossível (REIS, 2003, p. 12).

Essa realidade constitucional europeia fundava-se na prevalência do princípio monárquico como fonte formal da Constituição; por isso, não atribuía às normas constitucionais a natureza de direitos subjetivos. Sua compreensão jurídica de Constituição estava muito aquém daquela desenvolvida nos Estados Unidos da América, onde desde o início do século XIX (1803), a Suprema Corte, na mais célebre decisão constitucional de todos os tempos – caso *Marbury v. Madison* – já reconhecia a supremacia da Constituição em relação às demais leis.

Na Europa, a compreensão era outra: nem mesmo os direitos fundamentais eram tidos como direitos subjetivos. Não bastava a sua inserção na Constituição. Tais direitos representavam apenas um indicativo a ser seguido pelo legislador, destituído de obrigatoriedade. Apenas às leis atribuíam-se imperatividade e coercibilidade. As Constituições eram lidas pelas lentes da lei, somente se estas veiculassem a pretensão constitucionalmente prevista, poder-se-ia falar em direitos subjetivos. Viviam-se a era dos Códigos.

Em 1832, surge pela primeira vez uma nova concepção: o reconhecimento da normatividade de alguns princípios constitucionais. A Constituição da Bélgica, marco histórico por suas ideias inovadoras, “transformou as Declarações de Direitos - que até então eram veiculadas tradicionalmente em documentos à parte – em artigo da própria Constituição”. Além disso, “permitiu aos direitos proclamados em sede constitucional engendrar direitos públicos subjetivos, acionáveis, inclusive mediante mecanismos jurisdicionais, em caso de sua violação” (REIS, 2003, p. 14). O conceito político de Constituição cede lugar à compreensão jurídica de suas normas. A Constituição alcança o *status* de documento jurídico.

Não obstante o importante passo dado pela Constituição Belga, a consolidação da teoria dos direitos públicos subjetivos somente ocorreu de forma efetiva no final do século XIX e início do século XX. Ou seja, também os direitos à liberdade, percorreram longo caminho até alcançarem compreensão jurídica.

O momento agora é início do século XX, período de substituição da concepção de Estado liberal pela de Estado social e de introdução, no texto constitucional, de direitos sociais, econômicos e culturais.

Marcos desse momento de transição são a Constituição Mexicana (1917) e a Constituição Alemã (Constituição de Weimar – 1919), as quais, incorporando as novas tendências solidárias, despontam como símbolo do Estado Social. No Brasil, destaque para a Constituição de 1934.

Outra crise de normatividade constitucional é vivenciada, pois os direitos sociais têm sua juridicidade questionada. Se a normatividade constitucional não alcançou de imediato nem mesmo os direitos de primeira dimensão (direitos de liberdade), que apenas exigiam do Estado posição estática (não intervencionista), tratamento diverso não seria experimentado pelos direitos sociais, cujo processo de concretização estava associado à atuação positiva do Estado (dever de fazer). Neste sentido, são as considerações de Bonavides (2008, p. 564):

Mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos.

De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para a sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos de liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formularam o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais.

A partir da metade do século XX, o mundo vivenciou uma nova realidade. A busca por novas formas de pensar o direito e a vida, principalmente após a segunda grande guerra mundial, fez florescer no mundo e, um pouco mais tarde, no Brasil, um sentimento constitucional. Era preciso aprender a olhar as leis pelas lentes da Constituição. As normas constitucionais, enquanto centro do ordenamento jurídico, não poderiam ser relegadas ao acaso; exigiam juridicidade, normatividade, coercibilidade. Ascende a era das Constituições.

No Brasil, a realidade, infelizmente, era outra, pois, a partir dos anos 50, viveu-se um período de intensa crise. Crise que recaiu sobre o Governo, a Constituição e a Sociedade e que, portanto, representou a crise do próprio constitucionalismo. Por mais de duas décadas, o país foi governado por atos institucionais e decretos-leis. O período autoritário representou retrocesso constitucional, apenas superado com a promulgação da Constituição da República de 1988.

A Constituição cidadã, como ficou conhecida a Constituição de 1988, apesar do avanço normativo, não é a solução de nossos problemas. Ainda possui obstáculos a serem superados, mas, naquele momento de alvorecer, corporificou todos os anseios de uma Sociedade que clamava por mudanças. Certamente, houve euforia e o constituinte legislou matérias que fugiam à noção de juridicidade, sendo mais afetas ao espaço da

política majoritária. Mas também passou a veicular questões que apesar de não fazerem parte da rotina da política majoritária, deveriam ser priorizadas.

Por certo, há questões de difícil implementação e o momento agora é o de tornar a abstração das normas constitucionais, de caráter jurídico incontestável, em direitos efetivamente acionáveis. Este certamente tem sido um dos maiores obstáculos enfrentados pelo constitucionalismo contemporâneo.

Com pouco mais de 20 anos, a jovem Constituição vem consolidando sua normatividade. Apesar das crises enfrentadas, a exemplo de planos econômicos desastrosos, do *impeachment* de um presidente, escândalos de corrupção envolvendo o Congresso Nacional etc., a força normativa da Constituição em nenhum momento foi questionada. Pelo contrário, o combate aos percalços surgidos nesses 20 anos embasou-se sempre no respeito às normas constitucionais, seja de forma direta, seja indiretamente.

3 A JUDICIALIZAÇÃO

A promulgação da Constituição de 1988, além de consolidar a juridicidade das normas constitucionais, fortaleceu as garantias conferidas às instituições de direito público, responsáveis pela administração de assuntos públicos.

Essa ascensão da normatividade constitucional fortaleceu o Poder Judiciário e a independência desse poder vem garantindo o respeito às normas constitucionais.

Não por acaso temos acompanhado um Poder Judiciário mais participativo, ocupando posição central na história do país e decidindo questões de larga relevância social, inclusive as que deveriam ser resolvidas no âmbito dos Poderes Legislativo e Executivo, mas que, por motivos diversos, não vinham sendo concretizadas.

A centralidade assumida pelo Poder Judiciário reforçou a confiança depositada pela Sociedade nas instituições e intensificou a procura por esse poder, considerado por muitos como o *solucionador de todos os problemas*. A conscientização política do cidadão também contribuiu para o aumento das demandas submetidas ao seu crivo, de tal sorte que questões de relevância política e social, anteriormente solucionadas apenas pelas instâncias políticas tradicionais – Poder Legislativo e Executivo – foram-lhe sendo, paulatinamente, transferidas. Hoje, a judicialização ou, segundo denominação de Luís Roberto Barroso, a “judicialização da vida” (2009, p. 332a), é uma realidade inconteste.

Por *judicialização* devemos compreender a transferência de poder aos juízes e tribunais, os quais passam a decidir, não apenas com base naquele modelo positivista, comprometido apenas com a segurança jurídica a partir da observância da regra jurídica e da excepcionalidade dos princípios – positivismo inclusivo (MOREIRA, 2009, p. 445)⁴; mas através de uma nova ideologia, fundada na alteração da linguagem, na

⁴ O autor traça diferenças entre o positivismo exclusivo e o positivismo inclusivo (moderado), sendo que o surgimento do positivismo inclusivo é pela doutrina como uma reação de Herbert Hart às críticas de Ronald Dworkin.

ponderação de valores, na argumentação, na participação social e, para as teorias mais avançadas, na filosofia do direito

Luiz Roberto Barroso (2009, p. 332a) aponta três causas para a judicialização da vida no Brasil: (1) a redemocratização do país; (2) a constitucionalização abrangente; e (3) o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade.

No que se refere à primeira causa, (1) *a redemocratização do país*, observa-se que, a partir da Constituição de 1988, houve um reposicionamento do poder judiciário frente aos demais poderes, especialmente como resultado da recuperação das garantias da magistratura. Tem-se, então, um poder voltado a dar concretude à Constituição e às leis, ainda que nesse processo de ‘interpretação e concretização do direito’, a norma de decisão criada pelo intérprete autêntico (GRAU, 2009, p. 29) contrarie aos interesses dos demais poderes.

Aliado à atuação intensa e efetiva do judiciário tivemos o crescimento do Ministério Público, que deixa a posição exclusiva de órgão acusador, para ocupar-se de questões relacionadas ao interesse social; e a ascensão das Defensorias Públicas Estadual e da União, as quais começam a ser instaladas em todo país, inclusive, no interior do continental estado do Amazonas, tão carente de tudo, sobretudo de justiça. Por meio dessa essencial instituição (art. 134 da Constituição), o cidadão consegue chegar ao Judiciário (acesso à Justiça) e postular a adequada prestação jurisdicional.

Quanto à segunda causa da judicialização, qual seja, (2) *a constitucionalização abrangente*, a inserção de questões políticas no texto constitucional foi uma grande preocupação do constituinte originário, posteriormente, seguida pelo reformador. Com efeito, o país ainda estava traumatizado pelos anos de escuridão vividos. Mais de 20 anos de ditadura militar foram suficientes para intensificar o sentimento de desconfiança do cidadão em relação aos governantes. Era preciso constitucionalizar determinadas matérias, e assim dar-lhes contorno de Direito.

Importante destacar que toda essa onda de constitucionalização, em verdade, associa-se à noção de normatividade constitucional. Transforma-se Política em Direito porque a norma inserida na Constituição passa a ter *status* de direito subjetivo, desencadeando pretensão acionável mediante ação judicial. Mais que isso, a previsão constitucional muda o foco da exigibilidade: as normas infraconstitucionais devem estar em consonância com a Constituição. Segundo exemplo apontado por Luís Roberto Barroso (2009, p. 333a):

Se a Constituição assegura o direito de acesso ao ensino fundamental ou ao meio ambiente equilibrado, é possível judicializar a exigência desses dois direitos, levando ao Judiciário o debate sobre ações concretas ou políticas públicas praticadas nessas duas áreas.

A terceira causa de judicialização decorre do sistema misto de (3) *controle de constitucionalidade*, que permite a declaração de inconstitucionalidade tanto pela via incidental, por qualquer magistrado ou tribunal, os quais estão autorizados a não aplicar, no caso concreto, lei ou ato normativo considerado inconstitucional; quanto pela via

concentrada, a partir da análise abstrata de leis ou atos normativos diretamente pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

Importante frisar que o número crescente de ações diretas junto ao STF foi proporcional ao aumento do rol de legitimados ativos (art.103 da CF) à propositura das referidas ações, as quais englobam a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF).

Desta feita, constata-se que o próprio sistema jurídico vem respondendo aos anseios sociais, autorizando, em sede de ação direta, a ativa participação da sociedade, representada por instituições de interesse público, mas igualmente por entidades privadas, a exemplo das entidades de classe de âmbito nacional. Qualquer questão, pelo menos em tese, inclusive as de caráter moral e político, podem ser apreciadas pela Suprema Corte.

A crescente judicialização de relevantes questões, contudo, limita-se aos pedidos formulados. As pretensões submetidas ao poder judiciário não autorizam seus órgãos a agir como deuses, acima da justiça, dos homens e das leis. Se ações são ajuizadas com observância dos requisitos exigidos, não poderá o magistrado abster-se de proferir uma decisão. Por isso, não há ambição em excesso e sim uma vontade conjunta em reconhecer a normatividade constitucional.

Apenas a título de exemplo, vejamos algumas recentes decisões do STF de grande repercussão nacional, tanto em nível coletivo quanto individual:

ADI 3.150 – pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 5º. da Lei de Biossegurança, que autoriza pesquisas com células-tronco embrionárias.

ADC 12/2005 – Pedido de declaração de constitucionalidade da Resolução n. 7 do Conselho Nacional de Justiça, que vedou o nepotismo do âmbito do judiciário.

Mandado de Injunção MI 712/PA - conferindo efetividade à norma veiculada pelo art. 37, inciso VII, da Constituição do Brasil, reconheceu aos servidores públicos o direito de realizarem greve (art. 9º da CF), apesar da omissão legislativa, aplicando-se à espécie a Lei n. 7.783/89, que regula a greve na iniciativa privada, até que sobrevenha lei regulamentadora.

Habeas corpus n. 91.952/SP, que reconheceu como excepcional o uso de algemas, sendo este o último recurso utilizado e apenas diante da possibilidade real de fuga e da periculosidade do agente; a decisão deu origem à Súmula Vinculante n.11 do STF.

Pet. 3388/RR, que declarou constitucional a demarcação contínua da terra indígena Raposa Serra do Sol.

4 ATIVISMO JUDICIAL

Há uma tendência em confundir-se o ativismo judicial com a judicialização. Apesar da semelhança entre os institutos, estes não se confundem, pois originados de causas imediatas diversas.

A judicialização é uma consequência natural do constitucionalismo contemporâneo, intensificada principalmente após a promulgação da Constituição de 1988. Consiste em uma reação do Poder Judiciário à omissão dos demais Poderes, que deixaram de responder aos anseios sociais. A partir dessa baixa produtividade do Executivo e Legislativo, os órgãos jurisdicionais passam a prolatar decisões em *questões relevantes, fundamentadas direta e imediatamente na Constituição*. As normas de decisões (GRAU, 2009, p. 102-103) observam o pedido formulado (congruência), não cabendo ao Poder Judiciário deixar de julgar o caso concreto. Prevalece, aqui, a vontade do constituinte em promover o acesso à Justiça efetiva.

O ativismo judicial, por sua vez, decorre da ação proativa dos órgãos do Poder Judiciário, voltados à ampla interpretação das normas constitucionais, com *expansão de seu alcance e sentido*. Em busca da máxima extensão da normatividade constitucional, amplia-se o poder conferido ao Judiciário, tornando-se possível a concretização dos valores e fins constitucionais. No ativismo, há exercício deliberado de vontade política. O juiz, valendo-se de novas teorias interpretativas, seja o neoconstitucionalismo normativo, seja o neoconstitucionalismo total (MOREIRA, 2009, n. 447)⁵, amplia, ao máximo, o alcance da normatividade constitucional, para preencher o vazio deixado pelos demais poderes.

Para melhor compreendermos a distinção entre judicialização e ativismo, pensemos no exemplo citado no tópico anterior, onde se destacou a ADC n.12/2005, cujo objeto consistia na declaração de constitucionalidade da Resolução n.7 do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, que vedou o nepotismo do âmbito do judiciário.

A ADC n.12/2005, como afirmado, retrata hipótese de judicialização. Na decisão prolatada, o STF, com base no art.103-B, § 4º, incisos I e III, da CF, reconhecendo a competência do CNJ para zelar pela observância do art. 37 da Constituição e apreciar a validade de atos administrativos praticados no âmbito do Poder Judiciário - e, portanto,

⁵ *Neoconstitucionalismo teórico (normativo)* - possui como defensores, dentre outros, Luiz Pietro Sanchís e, no Brasil, Luís Roberto Barroso. Entre suas características, destacam-se: a onipresença da Constituição e sua força invasora, influenciadores do parâmetro interpretativo, da teoria da norma e das fontes do direito (questões estritamente jurídicas). O novo modelo defende a conexão entre direito e moral. Os princípios constitucionais são analisados sob a ótica da argumentação jurídica. O ponto de vista para análise do sistema considera o participante interno e ativo. Defende-se a constitucionalização do direito. *Neoconstitucionalismo total (forte)* – defendido por Alfonso Figuera, Robert Alexy etc. Parte da ideia de que o ordenamento jurídico é, conjuntamente, regido pelo direito constitucional e pela filosofia do direito. Aceita as premissas do neoconstitucionalismo teórico, inserindo algumas modificações (avanços). Considera que a configuração do neoconstitucionalismo total depende da prévia sedimentação das bases do neoconstitucionalismo teórico. Para a referida teoria, direito, moral e política são conexos, o que autoriza a sua interferência nos demais poderes. Propõe-se a existência de uma teoria política do Estado (estado real de direito) e estende-se a compreensão de Direito, não apenas a regras escritas, mas também aos princípios implícitos, sendo tarefa da jurisdição encontrá-los e realizá-los em suas decisões. Nesse particular, o modelo defende a aplicação dos princípios (diretrizes constitucionais) ao caso concreto de forma contínua, mesmo diante de regra reguladora. O ponto de vista é do participante interno, ativo e moral. A concretização da Constituição, segundo o modelo, aceita os critérios da razoabilidade e coerência.

aplicando diretamente dispositivos constitucionais -, declarou a constitucionalidade da norma.

Alguns meses depois, A Corte Suprema editou a Súmula Vinculante n.13, estendendo a vedação do nepotismo para *toda a administração pública direta e indireta, em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios* (precedentes: ADI 1521, ADC 12, MS 23780 e RE 579951). O fundamento dessa ampliação residiria na *prescindibilidade de lei formal* para a configuração da referida ilicitude, pois a prática do ato violaria os princípios contidos no art.37 da Constituição Federal.

Note-se que nesse 2º. momento a vedação do nepotismo decorreu de uma opção feita pelo poder judiciário, representado pelo pleno do STF, diante da omissão do Poder Executivo e Legislativo, que não editaram normas vedando a prática imoral e ainda eram coniventes com a mesma. Inexiste no texto constitucional norma proibindo o nepotismo nos referidos poderes. “O que a corte fez foi, em nome dos princípios da moralidade e da impessoalidade, extrair uma vedação que não estava explicitada em qualquer regra constitucional ou infraconstitucional expressa” (BARROSO, 2009, p. 336a). Esta, certamente, é uma postura de ativismo judicial.

No caso da Súmula vinculante n.13, o STF aplicou a Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária vedando o nepotismo.

O ativismo judicial está associado às seguintes condutas: [a] *aplicação direta da Constituição, mesmo inexistindo regra expressa ou lei ordinária autorizando* (ex: súmula vinculante n.13); [b] *declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo com base em critérios menos rígidos que os de violação ostensiva à Constituição* (ex: declaração de inconstitucionalidade das cláusulas de barreiras, que exigiam dos partidos políticos requisitos mínimos de desempenho); e [c] *interferência em questões de políticas públicas*, impondo-se ações ou abstenções ao Poder Público (exemplos: obrigatória distribuição de medicamentos ou realização de tratamentos médicos; ou imposição aos Municípios para criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor de crianças de zero a seis anos de idade (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola - RE 410715 AgR /SP).

Especificamente sobre a realização de políticas públicas, onde há intensa atuação judicial, manifestou-se Lênio Streck (2007, p. 25):

Por eso, he concluido, que las cuestiones ligadas al cumplimiento de las tareas sociales como la formulación de las respectivas políticas en el Estado Democrático (y Social) de Derecho, no están relegadas solamente al gobierno y a la administración (Gilberto Bercovici), sino que tienen su fundamento en las propias normas constitucionales sobre derechos sociales: su observación por el Poder Ejecutivo puede y debe ser controlada por el Poder Judicial.

Ao ativismo judicial contrapõe-se a autocontenção, conduta prevalente em nosso ordenamento jurídico até a promulgação da CF/88 e caracterizada pelo conservadorismo do judiciário no processo de aplicação das normas constitucionais. Suas concepções são

exatamente opostas àquelas preconizadas pelo ativismo: (i) a aplicação direta da Constituição apenas a casos expressamente previstos no texto, preferindo-se aguardar a lei ordinária reguladora da matéria, sem interferência na esfera de atuação dos outros dois poderes; (ii) a declaração de inconstitucionalidade condicionada à violação notória da CF; e (iii) ausência de ingerência nas políticas públicas.

O momento é de ação e de mudanças. Não há mais espaço para pensamentos engessados. O positivismo foi superado pelas teorias neo-positivistas e a autocontenção judicial pelo ativismo judicial. A constante e crescente atuação do judiciário é fruto da omissão dos demais poderes, que deixando ao relento a realização de pretensões mínimas dos cidadãos, transferiu a concretização dos direitos reconhecidos no texto constitucional aos órgãos judicantes. Em menos de 25 anos, o constitucionalismo brasileiro saiu do anonimato ao estrelato, da ausência de normatividade, passando pela baixa normatividade, até chegar ao apogeu da máxima normatividade.

É verdade que essa nova concepção causa desconfiança, principalmente pelo receio de transformar-se Direito em Política (politização da justiça), bem como pela transformação do Judiciário em um super poder, não sujeito a limitações, o que pode comprometer a legitimidade democrática e a separação dos Poderes.

No entanto, é preciso experimentar para conhecer. Não podemos nos contentar com o velho apenas porque a ele nos acostumamos. Devemos oportunizar a chegada do novo, pois enquanto o velho não morre, o novo não nasce. E as decisões recentes do STF refletem esse desejo pelo novo. Se este não for o melhor modelo, ao menos, tem-se mostrado útil aos anseios sociais e por isso merece elogios.

5 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRESCENTE INTERVENÇÃO JUDICIAL

Inegável a atuação proativa do judiciário brasileiro nesta última quadra. As decisões proferidas foram necessárias e responderam às questões que lhe foram submetidas sem usurpação da competência dos demais poderes. Interferências ocorreram, mas aplicando o Direito de forma moderada, respeitando seu livre processo de criação.

A atuação intervencionista do Poder Judiciário é fenômeno inerente à maioria das nações e, em todas elas, procura-se *tencionar os pólos opostos do ativismo e da autocontenção*, a fim de preservar a separação entre os poderes, o processo eleitoral, a democracia participativa e o constitucionalismo.

No Brasil, essa tendência mundial também precisa ser seguida, pois a constatação de que a postura ativista tem sido antes uma garantia para a democracia do que um risco não deixa de impor limites à atuação do Poder Judiciário.

Por isso, as críticas surgidas são justamente no sentido de não abrir demais o campo de atuação de um Poder e, simultaneamente, fechá-lo para os demais.

Entre as principais críticas surgidas, destacam-se: (i) os riscos para a atividade democrática; (ii) a indevida politização da justiça; e (iii) a capacidade institucional do Judiciário e seus limites. Analisemos cada uma delas.

(i) No primeiro caso, o argumento defendido pela corrente contrária ao ativismo judicial é no sentido de ser inaceitável que órgãos jurisdicionais (agentes públicos não eleitos, cuja atuação não decorre da vontade popular), possam prolatar decisões invalidando atos dos demais poderes ou impondo a realização ou abstenção de condutas aos mesmos. Haveria, portanto, uma *dificuldade contramajoritária* impedindo a sobreposição da vontade do órgão julgador em relação ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo.

Tal crítica, entretanto, não merece prosperar. A um porque o ativismo judicial não cria empecilho ao exercício da atividade democrática, pois a própria Constituição reconhece a legitimidade do Poder Judiciário para proferir decisões que invalidem atos dos outros poderes políticos, a exemplo do controle de constitucionalidade. Além disso, devemos destacar que a atuação dos magistrados no processo de criação do direito, apesar de imparcial, é de *co-participante*, pois a interpretação do Direito não se resume à mera subsunção dos fatos à norma, em um exercício puramente mecânico. Interpretar é complementar o sentido do texto normativo, levando em consideração o contexto espacial e temporal vividos e as peculiaridades do caso concreto.

A dois porque o Estado democrático de Direito ergue-se sobre dois pilares, quais sejam, o constitucionalismo e a democracia. A democracia representa a soberania popular, o poder fundado na vontade da maioria; o constitucionalismo, o poder limitado e o respeito aos direitos fundamentais. É possível que a vontade da maioria ou conflite com direitos fundamentais ou acarrete atuação ilimitada de poder. Nessa situação, caberá ao Supremo Tribunal Federal, como intérprete final da Constituição, defender os direitos fundamentais e impor as necessárias limitações, ainda que sua interpretação contrarie a vontade dos representantes do povo.

Outra consideração igualmente importante refere-se à necessidade de as decisões judiciais apenas interferirem no jogo democrático diante da omissão legislativa/executiva. A existência de normas constitucionais e infraconstitucionais regulando determinadas matérias limita a atuação do Poder Judiciário, que deve observá-las quando válidas, ainda que seu conteúdo pudesse ser melhor. Não se pode, a despeito de aplicar as normas constitucionais, ignorar o processo legislativo democrático, até mesmo porque a Constituição não é ubíqua, embora irradie sua essência por toda a sociedade, ainda assim não poderá asfixiar a atuação do legislador (SARMENTO, 2006, p. 2-83).

(ii) Quanto ao receio de politização da justiça, inicialmente temos de abraçar a ideia de que embora Direito e Política pertençam a subsistemas diferentes, há uma constante troca entre ambos – sem comprometimento das respectivas autonomias – o que proporciona a sua sobrevivência na complexa sociedade em que vivemos⁶. Por isso, não é absoluta a ideia de Direito dissociado da Política.

Direito confunde-se com Política porque sua criação envolve a aplicação da *Constituição e de leis criadas pelos demais* poderes – representantes diretos da

⁶ A Teoria da Sociedade, de Niklas Luhman, compara a constante troca de informações entre os subsistemas sociais ao processo de autopoiese, inerente às ciências biológicas.

sociedade (maioria). Normas validamente elaboradas não podem ter sua aplicabilidade condicionada à vontade do Poder Judiciário.

Outra concepção política: o período pós-positivista exige que a interpretação/criação da lei compreenda a análise de regras (texto da norma) e da realidade social e temporal na qual os fatos encontram-se inseridos. Direito, portanto, distanciado da simplista e insustentável regra de subsunção. O processo interpretativo envolve certa dose de subjetividade dos julgadores, pois, apesar de imparciais, não são indiferentes à realidade social, circunstância que interfere nos juízos de valor formulados.

A tênue linha que, por vezes, separa o Direito da Política, evidentemente não implica em livres escolhas, discricionariedades ilimitadas dos magistrados, sem a necessária e plausível fundamentação. O Direito não se destina a favorecer os detentores do poder. Deve, sim, promover a Justiça, a segurança jurídica e o bem estar social.

Por isso, não se admite a prevalência da vontade dos órgãos jurisdicionais sem considerar as disposições normativas; por mais que a interpretação contemporânea envolva conceitos como ponderação de valores, tópica, noção de justiça, aplicação de princípios, normas com conceitos abertos, não pode o Juiz, a pretexto de aplicar o direito ao caso concreto, tornar-se um juiz filósofo (neoconstitucionalismo total), acima de tudo e de todos.

Nessa linha, cabe reavivar que o juiz (i) só deve agir em nome da Constituição e das leis, e não por vontade política própria; (ii) deve ser deferente para com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção de validade das leis; (iii) não deve perder de vista que, embora não eleito, o poder que exerce é representativo (i.e., emana do povo e em seu nome deve ser exercido), razão pela qual sua atuação deve estar em sintonia com o sentimento social, na medida do possível. (BARROSO, 2009, p. 342a).

A doutrina pós-positivista se inspira na revalorização da razão prática, na teoria da justiça e na legitimação democrática. Nesse contexto, busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral da Constituição e das leis, mas sem recorrer a categorias metafísicas. (BARROSO, 2009, p. 249b).

(iii) Por fim, temos a capacidade institucional do Judiciário e seus limites. A tradicional separação dos poderes atribui a cada Poder uma função precípua: O Legislativo cria o direito positivo; o Executivo concretiza os direitos e presta serviços públicos; e o Judiciário aplica o Direito diante de conflitos. Cada poder, não obstante, deve fiscalizar a atuação dos demais. Além disso, aos três poderes atribui-se a interpretação da Constituição, sendo que eventual divergência interpretativa entre eles desaguará no Judiciário, detentor da palavra final.

Humildade e compromisso, nesse momento, devem nortear a atuação judicial. Humildade em reconhecer a ausência de conhecimento técnico para resolver questões específicas; compromisso com a sociedade em assumir essa limitação. Exemplificando: quando em litígio questões de demarcação de terras indígenas, transposição de rios etc., constatando o Judiciário que os outros dois poderes detêm maior conhecimento técnico-

científico para solucionar determinado litígio, a eles deveria recorrer para aplicar a decisão correta ao caso concreto.

E mais: em muitos casos, decisões não refletidas, tomadas de forma impulsiva, podem gerar efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejados. No setor de saúde, em relação ao fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, algumas decisões implementam essa política pública mesmo em caso de tratamentos experimentais, sem qualquer comprovação científica de sua eficácia. No caso, o que vem ocorrendo é a efetivação de uma pretensão singular em detrimento da coletividade, pois concedendo para uns, retira de outros (BARROSO, 2007, p. 3-36c).

Por certo, se a pretensão for razoável, não desconsiderar a reserva do possível nem comprometer a sobrevivência ou vida digna do cidadão, e o Executivo não fornecer meios para o tratamento adequado, o ativismo judicial será o único meio a garantir de forma efetiva o princípio da dignidade da pessoa humana.

A busca pela concretização do Direito, portanto, não pode comprometer a essência da tripartição entre os Poderes, somente autorizando-se a atuação judicial em caso de omissão legislativa ou executiva. Sempre em prol da sociedade, jamais para sobrepor um poder sobre o outro. Seguindo essa premissa, a Constituição terá caráter normativo, garantir-se-á a democracia e a jurisdição constitucional será executada devidamente.

CONCLUSÃO

A baixa normatividade constitucional, principalmente no que se referia à concretização de direitos sociais, gerou uma crise das constituições, inclusive da recém promulgada Constituição brasileira de 1988.

O apogeu da normatividade constitucional exige uma compreensão paradigmática, qual seja, a de que a Constituição existe, sobretudo, para garantir a existência digna do homem dentro de uma sociedade cada dia mais complexa.

Não se propõe aqui aniquilar a Política do país, o governo da maioria ou o papel do legislativo e executivo. Apenas enfatizar que somente há campo para o ativismo judicial porque a atuação dos poderes é insatisfatória e a sociedade cobra a implementação de direitos.

A tendência ao ativismo judicial tem se mostrado muito mais benéfica ao Estado Constitucional de Direito que um risco. A concretização dos direitos insculpidos na Constituição representa uma mudança paradigmática no processo interpretativo. Não pode, contudo transformar-se em regra. Melhor seria a atuação dos Poderes na medida de suas competências. A realidade ainda não é esta. Enquanto isso, o Judiciário continuará sendo a tábua de salvação do jurisdicionado.

BIBLIOGRAFIA

BARROSO, Luis Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional (os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo)**. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. **Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial**. 2007. Disponível em: <<http://www.lrbarroso.com.br/pt/noticias/medicamentos.pdf>>. Acesso em: 10 out. 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação e aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. **Do positivismo ao neoconstitucionalismo. 20 anos da Constituição Brasileira**. Coordenação Eduardo Ribeiro Moreira e Márcio Pugliesi. São Paulo: Saraiva, p. 440-454, 2009.

SARMENTO, Daniel. Ubiquidade constitucional: os dois lados da moeda. **Revista de Direito do Estado**.vol.2, 2006.

STRECK, Lênio. **La jurisdicción constitucional y las posibilidades de concretización de los derechos fundamentales – sociales**. Set. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 7 jul. 2009.

REIS, José Carlos Vasconcelos dos. **As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.