

A CRISE DO DIREITO LEGISLADO E O ATIVISMO JUDICIAL COMO MODELO DE EFETIVIDADE CONSTITUCIONAL: ENTRE PROMESSAS E RISCOS

THE CRISIS OF THE LEGISLATED LAW AND THE JUDICIAL ACTIVISM HOW CONSTITUTIONAL MODEL OF EFFECTIVENESS: BETWEEN PROMISES AND RISKS

Juliana de Brito Giovanetti Pontes (UNICAP)*

João Paulo Allain Teixeira (UNICAP/UFPE)**

RESUMO

O surgimento das Constituições escritas provocou diversas transformações nas ordens sociais, dentre elas, a proteção aos direitos e garantias fundamentais que antes não eram previstos no texto constitucional e dificilmente eram assegurados pelo poder público. Com a decadência das doutrinas do jusnaturalismo e positivismo, são incorporados aos sistemas jurídicos elementos cujo objetivo era o de tornar as normas constitucionais mais efetivas e assegurar o cumprimento dos direitos – o denominado constitucionalismo da efetividade. No entanto, com a crise do direito legislado e conseqüentemente, do Poder Legislativo, tem início a prática do ativismo judicial como forma de reatribuir efetividade às normas e solucionar situações não previstas expressamente nas Normas Fundamentais. Diante das transformações relacionadas ao processo decisório dos tribunais e a busca pela efetividade normativa, o presente trabalho tem por objetivo analisar o novo modo de concretização dos mandamentos constitucionais, passando a ser discutido o fenômeno do ativismo judicial, bem como as promessas e riscos advindas dessa conduta pró-ativa do Judiciário.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalismo da efetividade; Expansão do Judiciário; Direitos fundamentais; Ativismo judicial.

ABSTRACT

The advent of the written Constitutions caused several changes in the social order, among them, the protection of fundamental rights and guarantees that before were not provided for in the Constitution and were hardly guaranteed by the Government. With the decadence of the

* Bolsista da CAPES pelo programa de Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco – UNICAP. Linha de pesquisa: Jurisdição e Direitos Humanos.

** Professor Adjunto do Centro de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Pernambuco (CCJ/UFPE), Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Pernambuco (PPGD/UFPE), Professor da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Professor do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP), Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Líder do Grupo de Pesquisa Jurisdição Constitucional, Democracia e Constitucionalização de Direitos. (UNICAP/CNPq).

doctrines of jusnaturalism and legal positivism, was incorporated into the legal systems elements whose objective was to make the constitutional rules more effective and ensure the compliance with the rights - the so called constitutionalism of the effectiveness. However, with the crisis of the legislated law and consequently of the Legislative branch, begins the practice of judicial activism as a way to reassign effectiveness to the standards and solve situations not expressly provided in the Constitutions. Due to changes related to the decision making process of the courts and the search for effective rules, this paper aims to examine the new mode by achieving of the constitutional commandments, being discussed the phenomenon of judicial activism as well as the promises and risks arising from such this proactive conduct of the Judiciary branch.

KEYWORDS: Constitutionalism of the effectiveness; Expansion of the Judiciary branch; Fundamental rights; Judicial activism.

INTRODUÇÃO

O termo “constitucionalismo” está relacionado às modificações ocorridas no âmbito econômico, social, jurídico e no modo como estava estruturado o aparelho estatal. Ao longo dos séculos, as transformações nos sistemas normativos existentes na Europa possibilitaram o surgimento de institutos que seriam utilizados pelas jurisdições que estavam surgindo.

No século XVIII, diversos fatores determinaram o advento das Constituições, podendo ser destacado o declínio das concepções que procuravam fundamentar o direito: o jusnaturalismo, afirmando a superioridade dos indivíduos, lhes atribuía direitos de caráter natural e inalienável, protegidos pelo Estado. Por sua vez, o positivismo clássico defendia a aplicação do método indutivo ao direito, vez que sofreu forte influência do positivismo filosófico do mesmo século, quando o método experimental foi largamente empregado nas ciências naturais. Assim, novas ideias referentes à legitimação do poder surgem e resultam em revoluções.

Consequentemente, a sociedade passa a rejeitar o absolutismo dos monarcas, ganhando repercussão os movimentos que defendiam as limitações aos poderes dos governantes. A influência do Iluminismo levaria ao extremo o emprego da Razão nas diversas áreas do conhecimento, refletindo-se também nas relações políticas por meio da exigência da racionalização do poder.

Como ponto de partida dessas alterações, pode-se verificar que o exercício do poder pelos soberanos ou representantes eleitos pela sociedade acompanhou a evolução do próprio Estado, juntamente com os respectivos sistemas de governo. Os sistemas jurídicos também refletiram estes aspectos, ora conferindo maior normatividade a certos direitos, ora reduzindo-

lhes o âmbito de proteção. Destaca-se o Estado Moderno como o marco das transformações que possibilitaram o surgimento do constitucionalismo durante o Estado Liberal.

1. A superação do Estado Moderno e advento do Estado Liberal como elementos favoráveis ao constitucionalismo

O Estado Moderno teve origem no processo de mudanças socioeconômicas operados a partir da decadência do sistema feudal e a ascensão do capitalismo. O modo de vida urbano favoreceu o surgimento da classe social burguesa. O poder local e disperso, comum na Idade Média, tornou-se concentrado na figura do soberano, o qual detinha todas as funções necessárias à manutenção do aparelho estatal, unificando politicamente o reino. Assim, “o Estado Moderno aparece como ordem política soberana e com perfil histórico específico” (SALDANHA, 2010, p.40).

Nessa época, a prática do mercantilismo significou a união entre política e economia no Estado Absoluto, que passou a manter o controle sobre essa atividade. Foi considerado o estágio inicial do capitalismo, ocasionando a expansão imperialista pela busca de territórios de consumo em outros continentes.

No que se refere aos aspectos jurídicos, a concentração do poder no monarca ocasionou o advento de uma justiça do rei; a unificação do direito fez com que novas cortes de justiça fossem criadas, estas, mantendo conexões com o poder real. Competências foram formuladas, havendo, a partir desses fatores, tendência à sistematização do processo (SALDANHA, 2010, p. 47). Exercia o que haviam sido ou poderiam ser atribuições judiciais e legislativas.

Os caracteres fundamentais do novo tipo de ordem política, ou político-jurídica (...) são os seguintes: uma circunscrição territorial correspondente a um espaço nacional, uma base *nacional* estável e homogênea, uma ordem administrativa unificada (incluindo orçamento e moeda, bem como exército nacional), um poder soberano unitariamente qualificado. À ordenação administrativa deve-se acrescentar – se não for o caso de se encontrar nela – a presença de um ordenamento jurídico unificado (SALDANHA, 2010, p.50) – grifo no original.

Nesta fase, o direito sofreu reformulações e perdeu a característica da origem divina, que fez-se presente durante a centralização jurídica do período medieval e a forma costumeira e difusa em prol da uniformização. O direito escrito passou a ter preferência quanto à sua utilização, no entanto, só teria uso efetivo a partir das revoluções liberais.

Assim, o Estado Liberal foi o resultado da insatisfação das lideranças nacionais europeias com o Estado Absoluto e as revoluções subsequentes, que enfraqueceram o poder exercido nessa fase – as denominadas revoluções burguesas. O racionalismo no qual estava baseado o modo de ser da sociedade e a secularização da cultura conflitava com o Estado Moderno.

A sucessão do monarca passou a sofrer questionamentos em face do ideal de autogoverno do povo, pois alguns não consideravam racional a manutenção do poder em decorrência de aspectos relacionados à descendência do rei. Para tanto, era necessária fundamentação ao exercício do poder por aquele governante. Também, o conceito de soberania passou a ser compartilhado pela comunidade nacional, o que gerou profundas modificações no modo de estruturação do Estado Moderno, resultando nas revoluções burguesas.

A primeira delas foi a Revolução Inglesa de 1688, que visava à restauração do poder parlamentar através da derrubada do poder monárquico e escolhendo outro que aceitasse a limitação dos seus poderes. Com pleno sentido liberal, através da Revolução Americana de 1776 foi implantada uma nova ordem política e social em paralelo com a que estava sendo instaurada na França, em 1791.

O Liberalismo sofreu influências da teoria jusnaturalista e do contratualismo, somados ao contexto do Iluminismo. O jusnaturalismo, concepção objetiva relacionada à existência de leis eternas, buscava a permanente aspiração da justiça, sendo ela inerente à natureza humana, já que para tal doutrina a ordem de princípios que deve reger a sociedade não foi criada pelo ser humano; caracterizava-se pela espontaneidade, produto da criação pela natureza (NADER, 2007, p. 375).

Defendia a presença de duas formas de manifestação do direito: o direito natural e o direito positivo. O direito natural compreendia uma ordenação justa e superior ao ordenamento jurídico positivo estatal, servindo como fonte para a criação das regras formais do Estado. Os códigos e as leis seriam o resultado da observação do direito natural, caracterizado por ser eterno, universal e imutável. O fundamento de validade das regras positivadas estaria fundado no preceito normativo constante nas regras materiais do direito natural, tendo validade somente as normas positivas que não contrariassem os preceitos do direito natural.

A sociedade seria baseada nos meios de proteção à natureza humana, por meio do qual a simples constatação desses fatos que envolvem o homem já caracterizaria o direito

natural; aspirava ao direito perfeito, mas alcançável pelo legislador, como observador dos fatos sociais e da natureza humana (NADER, 2007, p. 374).

Com o cristianismo, sobreveio uma valorização maior da vida “interior”, mas somente com o espírito moderno é que emergiu a noção plena de *direito subjetivo*. Com esta, emergiu também uma versão plural e individual do direito natural (...). É com esta versão, sobretudo, que se vincula o liberalismo moderno (SALDANHA, 2010, p. 67) – grifos no original.

Por sua vez, o contratualismo exerceu importante papel no ideal liberalista ao defender que o contrato originário representou o início para a necessidade de um acordo de vontades para que o exercício do poder fosse legitimado. O poder instaurado pelo acordo de vontades individuais seria legítimo, não sendo admitida a ausência dessa participação e a liberdade no consentimento era tido por direito natural, cujo exercício deveria ser assegurado pelo Estado.

Assim, foi instaurado o Estado Liberal, cujo elemento central responsável por desencadear dúvidas ao sistema de governo foi a relação entre os atos de governar e ser governado. Ao contrário da legitimidade apresentada durante o Estado Moderno, no Liberal, esta concentrava-se na ligação entre os depositários do poder e seus destinatários. Desse modo, cria-se o conceito de cidadão, como o homem livre, capaz de obedecer às leis e a si mesmo.

Conseqüentemente, a maior valorização do ser humano e a noção de cidadão tornou possível o aparecimento da democracia; o Estado Liberal combatia a circunstância de, no absolutismo, o poder concentrar-se no rei, não sendo compartilhado pelo povo nem a ele permitido o seu exercício.

A coexistência do liberalismo e da democracia favoreceu novas dimensões acerca do governo e o exercício do poder. No liberalismo, aceitava-se que se o povo não governasse, mas que o poder fosse dividido - o poder do Estado limitado. Ao passo que a democracia aceita o Estado e o valoriza como um meio para a efetivação de um governo popular, o liberalismo defende a redução máxima do Estado (SALDANHA, 2010, p.78).

Constituindo uma forma de governo, democracia significa que, em oposição às monarquias e às aristocracias, o povo governa, implicando em um Estado no qual existe alguma forma de igualdade política entre o povo (HELD, 1987, p.1).

Nascido com a função de assegurar os direitos dos cidadãos, o Estado Liberal estabeleceu, por isso, limites ao exercício do poder juntamente com a relação deste e os direitos do povo; portanto, o Estado tinha por objetivo a garantia daqueles direitos, devendo assim respeitar o princípio da separação dos poderes.

Visando à efetivação deste princípio, o Estado necessitou de um instrumento jurídico, que acabou por convertê-lo em Estado Constitucional: a Constituição. Importante transformação nesse aspecto foi que, a arena política contemporânea passou a empregar o termo “Estado Constitucional” para nomear o Estado que não atribuía o poder absoluto ao governante.

Nesse período, o Estado manteve seus elementos de composição, permanecendo como nação organizada politicamente; a soberania foi conferida ao povo e o direito continuou a ser unificado, surgindo os Códigos e demais legislações. Simultaneamente, as ideias Iluministas do direito natural e os ideais do Estado Liberal entraram em conflito quando da positivação do direito e evidenciando o excessivo apego à “vontade” da lei como resultado da expressão da vontade popular, versus o jusnaturalismo, como doutrina que apresentava a existência de normas de origem divina, independentemente das oriundas do processo legislativo estatal.

Os responsáveis pela elaboração das Constituições acreditavam que os mandamentos nelas existentes eram naturalmente justos e considerados superiores aos costumeiros. “Dois movimentos paralelos, baseados sobre fundamentos idênticos, deram ao Estado Liberal sua forma jurídica: o das Constituições e o das codificações” (SALDANHA, 2010, p.81). Portanto, deveriam ser organizados e aplicados estritamente conforme a positivação e nas hipóteses previstas.

A partir do movimento constitucionalista, o jusnaturalismo e o positivismo clássico entraram em crise, começando a serem superados e instaurando-se uma nova ordem no que se refere às Constituições e à efetivação de seus mandamentos. O Estado Constitucional, além de apresentar limitações ao exercício do poder, também trazia a ideia da existência do poder como instrumento capaz de assegurar a liberdade aos homens. O direito passou a ser estudado, criado e aplicado de modo formal devido à herança do pensamento racionalista e sistemático.

Por conseguinte, no século XVIII, as transformações nos aspectos sociais, políticos e jurídicos originadas pelas modificações nas formas de organização do Estado, fizeram com que os ordenamentos considerassem a lei como fonte exclusiva do direito, não sendo atribuída normatividade a algumas das Constituições existentes na Europa continental. A proteção aos direitos fundamentais ocorria apenas com a proteção das demais normas não integrantes da Constituição, que nem sempre impediam o descaso ou o arbítrio cometidos pelo Poder Público durante o período anterior à 2ª Guerra Mundial.

Nesse período, as Constituições foram consideradas unicamente programas políticos, os quais apenas sugeriam ações por parte dos legisladores, não podendo tais questões serem enviadas ao Poder Judiciário para a promoção da defesa dos direitos fundamentais.

O Estado de Direito, consagrado no século XIX, teve no direito e na Constituição, as origens do sistema jurídico e as limitações ao exercício do poder. Atribui-se também ao Estado de Direito o prestígio do ordenamento jurídico, que foi valorizado devido à sua maior amplitude em face do Estado Constitucional. Com isso, exigiu-se o respeito por parte do Estado às normas jurídicas, uma vez que membros do Executivo impunham condutas que ultrapassavam os limites entre direito e arbítrio.

Nesta fase, a Ciência Jurídica tinha por objetivo o estudo das normas que integravam a norma jurídica vigente, por isso, consideravam os positivistas clássicos, que a justiça era um ideal irracional, destacando a importância do *ser* do direito, a relevância da lei, independentemente de seu conteúdo. Não havia para o legislador qualquer condicionamento ou limite na tarefa de organizar o sistema jurídico.

O positivismo jurídico acolhia exclusivamente as normas elaboradas, impostas ou aceitas pelo Estado, cabendo à sociedade cumpri-las estritamente, sob pena de sanções. O fundamento do direito estava concentrado na vontade estatal, devendo a norma jurídica ser cumprida, não cabendo discussões quanto às mesmas (NADER, 2007, p. 385).

Como resultado ao advento do constitucionalismo, durante o pós-guerra, especialmente na Itália e na Alemanha, observou-se significativa mudança com relação à importância dada às Constituições, que passaram a ser escritas. Verificando-se que maiorias políticas pretendiam manter-se no controle do poder através da prática de arbitrariedades, novas Constituições foram elaboradas, passando a fortalecer a jurisdição constitucional através de meios que garantissem a proteção aos direitos fundamentais mesmo em face do Poder Legislativo.

Novas formas de hermenêutica constitucional foram utilizadas, realizando uma interpretação extensiva e abrangente do conteúdo constitucional pelo Poder Judiciário, fortalecendo o fenômeno de constitucionalização do sistema jurídico, ampliando a influência das Constituições sobre todo o ordenamento e conduzindo à adoção de novas normas e institutos nos mais variados ramos do Direito (SARMENTO, 2008, p.3).

As Cartas constitucionais dessa fase trouxeram amplo conteúdo axiológico e maior proteção aos direitos fundamentais, abordando temas anteriormente não tratados, situação que ampliou as espécies de direitos constitucionalmente protegidos: os direitos sociais de natureza prestacional, além dos já resguardados direitos individuais e políticos.

Desse modo, as Constituições passaram a ser compreendidas como documentos que estruturavam juridicamente o Estado, definindo as atividades exercidas pelo Poder Público, modelo de economia, sistema de governo, forma do Estado e limitações ao poder político, mas que também asseguravam proteção aos direitos e garantias fundamentais.

O ordenamento constitucional, bem como as interpretações que foram sendo feitas em relação a ele, permitindo o julgamento de questões de grande relevância social, evidenciaram a atribuição de maior importância ao Poder Judiciário, destacando-se, com isso, a função dos magistrados e das cortes constitucionais – torna-se um Poder expressivo e com grande relevância ao receber a tarefa para decidir tais questões.

A superação do positivismo clássico permitiu que fosse incorporada como elemento dos novos sistemas jurídicos a força normativa da Constituição, no intuito de tornar as normas mais efetivas e assegurar o cumprimento dos direitos e garantias previstos nas novas Cartas Fundamentais. Esse rompimento foi representado pelo neoconstitucionalismo.

A proteção anteriormente conferida aos direitos fundamentais envolvia o controle feito pelo poder Legislativo. Com a reconstitucionalização ocorrida em muitos ordenamentos jurídicos, os direitos fundamentais passaram a ser protegidos pelo Poder Judiciário contra o poder político majoritário que antes limitava a sua proteção e utilização. Por conseguinte, o poder público passou a cumprir as normas imperativas constitucionais, além de respeitar o caráter obrigatório e vinculativo de suas disposições.

2. O surgimento do Neoconstitucionalismo e as transformações nos ordenamentos jurídicos

Ao contrário do constitucionalismo, que empregou a limitação ao poder arbitrário estatal e a imposição de Constituições escritas, o neoconstitucionalismo permitiu que o Estado utilizasse mecanismos para harmonizar o equilíbrio social, sem, no entanto, limitar o exercício das garantias previstas na Constituição tanto em relação ao poder público quanto em relação aos indivíduos. Observa-se no neoconstitucionalismo, a busca pela efetividade das normas constitucionais.

No Brasil, como decorrência da atribuição de normatividade à Constituição, surge a doutrina da efetividade, que procurava a superar algumas disfunções na formação do ordenamento jurídico nacional, evidenciadas na ausência de determinação política para o exercício das disposições constitucionais e no uso da Constituição unicamente como instrumento ideológico. O objetivo da doutrina da efetividade era o de tornar as normas

constitucionais aplicáveis direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa (BARROSO, 2008a, p.15).

A efetividade compreende a aplicabilidade da norma como modo de realização e desempenho concreto da função social do Direito, a materialização dos mandamentos normativos e a aproximação do dever-ser normativo com o ser do âmbito social; na maior parte das vezes, a efetividade das normas jurídicas advém do seu cumprimento com espontaneidade (BARROSO, 2000, p.5).

Seguindo as determinações dessa doutrina, as normas constitucionais passam a ser dotadas de imperatividade:

Na prática, em todas as hipóteses em que a Constituição tenha criado direitos subjetivos – políticos, individuais, sociais ou difusos – são eles, como regra, direta e imediatamente exigíveis, do Poder Público ou do particular, por via das ações constitucionais e infraconstitucionais contempladas no ordenamento jurídico (BARROSO, 2008a, p.16).

A importância atribuída aos princípios e valores, considerados a partir desse momento, integrantes dos novos ordenamentos jurídicos, a propagação dos efeitos das normas constitucionais por todo o sistema jurídico, influenciando as atividades de todos os Poderes do Estado, o uso da ponderação como método de interpretação constitucional e a maior atuação dos juízes na interpretação das disposições constitucionais são características do neoconstitucionalismo.

Outro aspecto relevante é que passou a ser reconhecida a conexão entre direito e moral, aceita pela cultura jurídica quando os ordenamentos começaram a defender os princípios de justiça.

O neoconstitucionalismo compreende, assim, a proteção e efetivação dada pelo Estado aos direitos fundamentais, praticando ao mesmo tempo, atos de controle social, político e jurídico e abstendo-se do exercício de arbitrariedades no exercício dos seus atos de poder. É um conjunto de teorias que procura explicar a reconstitucionalização do direito ocorrida no período posterior à Segunda Guerra Mundial, no qual passaram a ser adotados valores, princípios e mecanismos aptos a controlar a constitucionalidade das normas.

Com tais modificações nas ordens jurídicas, o princípio da separação dos poderes passou a ser interpretado com flexibilidade, sendo adotados posicionamentos mais favoráveis à atuação do Judiciário em proteção aos valores constitucionais. A ideia da rígida separação de poderes defendida por Montesquieu não foi mais adotada por muitos Estados contemporâneos; a concepção presente no neoconstitucionalismo é a de que os limites ao

exercício do poder são justificados como forma de impedir que ocorram arbitrariedades na sua utilização.

Elementos filosóficos, históricos e teóricos foram responsáveis por fundar o neoconstitucionalismo (BARROSO, 2007, p.2). O âmbito filosófico foi responsável por promover a superação do conflito entre o jusnaturalismo e o positivismo jurídico. As controvérsias entre as correntes jusnaturalista e positivista resultaram na criação do pós-positivismo, como resposta à tese defendida pelo positivismo jurídico, sendo levados em consideração fenômenos sociais que influenciaram na forma como os atores do direito compreendem as normas, ultrapassando as limitações de caráter científico e procurando o reconhecimento de valores comuns integrantes da sociedade.

O pós-positivismo não desprezou o direito já positivado para alcançar a legalidade, mesmo sem recorrer às ideias originadas na natureza para aplicar uma dimensão moral do direito; estabeleceu uma nova proteção aos direitos fundamentais baseada na dignidade humana que não aquela impeditiva da ação do Estado – presente no constitucionalismo clássico – fundada na prática de arbitrariedades por parte do poder público. Desse modo, observou-se que ambas as teorias - jusnaturalismo e juspositivismo - eram complementares.

Foram reintroduzidas na ordem jurídica as ideias de legitimidade e justiça para a compreensão das normas. Ao mesmo tempo, o sistema jurídico deixou de ser visto como um conjunto formal e fechado de leis, havendo a efetiva utilização dos princípios jurídicos como espécies normativas que incorporam valores. A Ciência Jurídica passou a defender a integração entre as instituições estatais e os princípios integrantes do sistema jurídico.

O pós-positivismo enfrentou a necessidade de desenvolvimento de instrumentos aptos a lidarem com a dialética do direito ao solucionar interesses conflitantes. Além disso, procurou a harmonia entre o direito e a moralidade social. A nova interpretação das normas ocorre de forma mais legítima e compatível com os fatos sociais através da aplicação dos princípios jurídicos.

A hermenêutica jurídica desenvolveu a teoria dos princípios sobre a das regras. Foi esta uma forma de se obter o equilíbrio entre flexibilidade e vinculação para os conflitos entre direitos fundamentais. Pela teoria das regras, prevalece a dimensão da validade ou não validade, sendo necessárias decisões que permitam a aplicação integral da regra, as denominadas decisões do tipo “tudo ou nada”, que mantêm a pretensão de exclusividade na aplicação das regras. Por sua vez, a teoria dos princípios procura encontrar soluções adequadas às pretensões sociais, que sejam simultaneamente vinculantes e flexíveis (CAMBI, 2007, p.17).

O âmbito histórico do neoconstitucionalismo destacou-se pela criação e evolução de Constituições que buscaram valorizar os direitos fundamentais, sem contudo excluir a atividade estatal para a sua regulação.

Já no aspecto teórico, o neoconstitucionalismo proporcionou o reconhecimento de força normativa à Constituição, o desenvolvimento de uma nova interpretação constitucional e a expansão do Poder Judiciário. A interpretação constitucional decorre da força normativa da Constituição, portanto, do reconhecimento de que as normas constitucionais são normas jurídicas, compartilhando seus atributos com o restante do sistema jurídico. Por sua vez, a força normativa da Constituição determinou a superioridade de suas normas frente às demais constantes no ordenamento.

“Sob uma perspectiva Kelseniana, ela é a norma primeira, decorrente da *grundnorm*, sendo a supremacia uma consequência dessa gênese cronológica. Funciona como “norma-origem”, a primeira cronologicamente instituída” (AGRA, 2005, p.6).

Antes, a Constituição era vista como um documento essencialmente político, uma sugestão à atuação dos Poderes Públicos. A concretização das propostas constitucionais era condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. O Judiciário não possuía qualquer papel relevante na realização do conteúdo constitucional.

3. O constitucionalismo da efetividade e a crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito

Por longo período, a função jurisdicional esteve ligada à ideia de reprodução do conteúdo das leis, conforme a corrente doutrinária do pensamento sistemático ou normativo. Com o advento do controle de constitucionalidade, os juízes passaram efetivamente a submeter as leis a serem aplicadas ao caso concreto e assim, tornou-se ineficiente uma atuação do Judiciário meramente reveladora do sentido das normas em abstrato e sua aplicação ao caso específico.

Como resultado das alterações no modo de julgar as controvérsias cuja solução não é prevista constitucionalmente, decorre o inevitável choque entre a suposta vontade do legislador (decorrente da maioria legislativa) e a decisão judicial, revelando que o posicionamento do magistrado a favor da maioria ou minorias envolve questões políticas. Poderá o Executivo não cumprir suas obrigações relacionadas aos valores constitucionais e

assim, desrespeitar as garantias conferidas aos cidadãos. Nessa hipótese, o Judiciário também atua visando a suprir a omissão.

O ato de tornar válidos os direitos contidos no Texto Maior em todas as situações levadas ao Judiciário, fez com que este assumisse um novo modo de atuação no Estado Democrático de Direito. Os valores trazidos pela Constituição passaram a nortear a atividade jurisdicional, que aceitou a atuação pública do referido poder na tarefa de tutela dos direitos.

A inserção dos direitos fundamentais nas Constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito, caracterizando a busca pelo constitucionalismo da efetividade diante da crise do direito legislado e do Estado Democrático de Direito em atender às demandas sociais.

Como resultado da pós-modernidade e das dúvidas trazidas por ela, houve a quebra dos paradigmas ontológicos e a fragmentação social, resultando no aumento do número de conflitos. A inexistência de parâmetros visando atender e normatizar todas as expectativas do povo, deu origem à referida crise; do mesmo modo, o enfraquecimento dos órgãos estatais, provocado pelo liberalismo no plano econômico (AGRA, 2005, p.72).

Em relação aos efeitos da crise da pós-modernidade no Estado Democrático de Direito, duas motivações podem ser elencadas: a primeira diz respeito às economias capitalistas, que criaram grande complexidade social, conduzindo às crises de interesses entre os grupos sociais; a partir desse fato, o Estado passou a implementar políticas públicas visando satisfazer de forma específica as expectativas do povo.

A segunda motivação refere-se à inflação legislativa. Para adequar o sistema jurídico à evolução da sociedade, novos instrumentos são produzidos para se adequarem aos fatos sem que sejam contraditórios com as mais variadas esferas sociais.

A presença do neoliberalismo fez com que na esfera econômica ocorresse situação inversa ao aumento da produção legislativa, agravando a crise. A ausência de eficácia das normas, principalmente as programáticas, fez com que os órgãos estatais enfraquecessem, deixando de realizar as suas funções; depois, a impossibilidade de regulamentação legal relacionados a fatos específicos.

Todas as esferas sociais foram atingidas pela pós-modernidade e com o direito não foi diferente: tendo por finalidade regular as relações sociais, o direito formal – baseado em sua positivação e exagerado formalismo – também foi atingido, entrando em crise e afetando seriamente a eficácia de suas normas.

A crise da concepção formalista do Direito atinge de forma mais drástica a jurisdição constitucional que, pela relevância de suas decisões judiciais, muitas vezes oferece limites às decisões políticas, necessitando, por isso, de maior grau de legitimidade (AGRA, 2005, p.73).

No entanto, os paradigmas existentes dificultam a procura pela legitimidade da jurisdição constitucional. Do mesmo modo, passam por crise o significado de Estado Democrático de Direito, o conceito de Constituição, os limites da atuação do Judiciário. A crise constitucional deriva dos conflitos sociais, quando a Constituição deixa de ser considerada parâmetro normativo. Dessa forma, a Lei Maior perde a eficácia, a sua força normativa (HESSE, 1991, p.19).

A crise constitucional pode ser melhor observada através das normas programáticas, que não conseguem obter eficácia negativa ou positiva, nem mesmo concretizam o conteúdo da Constituição, impondo condutas a serem executadas pelos poderes constituídos. Portanto, a crise constitucional compreende a falta de eficácia dos mandamentos constitucionais diante dos múltiplos poderes normativos pertencentes às instituições reguladas a partir de decisões individuais (AGRA, 2005, p.88).

A partir desses aspectos, passa-se a discutir a legitimidade da jurisdição constitucional e do Judiciário. O debate surge quando as normas de direito legislado não atendem à maior parte das reivindicações populares.

4. Interpretação das normas pelo Judiciário: atividade interpretativa ou criação do direito?

A expansão da atuação do Judiciário tornou-se possível devido à densificação do princípio da supremacia das normas constitucionais, o que representou a submissão de todos os Poderes estatais às disposições contidas na Lei Maior. Também a inserção dos direitos fundamentais nas Constituições resultou em um novo modo de raciocínio jurídico por meio do qual tribunais e juízes começaram a exercer um juízo que aplica a otimização dos princípios no que se refere às possibilidades de fato e de direito.

Sendo o instrumento que estabelece a interação entre direito e política, a Constituição recebe o atributo de transformar o poder constituinte originário em poder constituído, convertendo a atividade política em instituições do Estado. A Lei Maior atribui as competências aos poderes: ao Legislativo a criação do direito positivo, ao Executivo a

administração das entidades estatais sua e manutenção e ao Judiciário cabe a aplicação do direito quando da ocorrência de litígios entre partes (BARROSO, 2007, p.18).

A política caracteriza-se por conter posicionamentos valorativos, influências das experiências sociais, morais e emocionais de cada um dos membros que compõem o Legislativo e o Executivo no que se refere à adoção de posturas para decidir questões de caráter público. O Poder Judiciário utiliza-se de tais valorações nos casos não previstos na Constituição Federal e nos quais os outros dois poderes abstiveram-se em adotar seu posicionamento. Por isso, os casos práticos demonstram que eles não são totalmente indissociáveis, podendo ser considerada a existência de conexão de um campo sobre o outro.

Na política, vigoram a soberania popular e o princípio majoritário. O domínio da vontade. No direito, vigora o primado da lei (*the rule of law*) e do respeito aos direitos fundamentais. (BARROSO, 2007, p. 17).

Barroso (2008b, p.13) afirma que as decisões judiciais possuem teor isento de questões políticas, mantendo-se totalmente independentes de questões tendenciosas, de livre escolha ou partidarizadas. Esse posicionamento defende que as decisões judiciais nunca serão políticas no que se refere à discricionariedade.

Para estes, basta afirmar que o Direito não é política, apesar de na sua origem, ser produto desta – que são institutos independentes. Esta separação seria atingida por meio da atribuição de caracteres próprios da atividade do magistrado, que impliquem na independência entre as atividades do Legislativo e Judiciário, como por exemplo, as garantias da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade dos vencimentos.

Mesmo havendo a referida crença de que o processo decisório não sofre influência das ideologias do magistrado e também do cenário político, a questão a ser julgada ganha contornos políticos pela possibilidade de uma política pública ser afetada pelos efeitos dessa decisão judicial.

A afirmativa de que a decisão é imune às influências políticas não se mantém, uma vez que a norma representa a vontade da maioria legislativa responsável por sua aprovação. A concordância ou discordância do juiz com o seu conteúdo demonstra que o magistrado tende a se posicionar em prol da vontade da maioria ou das minorias, com isso interferindo na democracia.

Não mais se entende que direito e política são campos totalmente separados e cuja conexão deve ser reprimida para o bom funcionamento do Estado. Na verdade, como se verá, no fundo sempre houve latente a possibilidade de

conexão maior do que se pensava entre a arena política e o canal judicial (PAULA, 2011, p.273).

Assim, verifica-se que os institutos da política e do direito não são indissociáveis. Com a multiplicação dos direitos fundamentais nos ordenamentos jurídicos pós-positivistas, e assim, marcados pelo neoconstitucionalismo, passou a ser protegida a ideia de que eles são compreendidos por princípios que podem ir de encontro em casos específicos, tornando-se uma exigência social a aplicação de cada um dos direitos fundamentais. (PAULA, 2011, p.271).

Nesse contexto, deve-se observar, portanto, que nem todos os casos são passíveis de decisão com base nas leis pré-existentes ou em teorias hermenêuticas acerca do modo pelo qual devem ser interpretadas: nas situações em que há ausência de normas específicas e cuja solução não é possível com recurso ao texto da norma, o uso de conceitos jurídicos indeterminados, as regras imprecisas ou a presença de normas que possuem modos de solução distintos, favorecem a discricionariedade judicial, esta, contudo, não com o sentido de arbitrariedade. São os denominados casos difíceis ou inéditos (*hard cases* ou *leading*). O caso que comportar mais de uma solução é decidido pelo juiz de forma mais correta, justa, adequando-se aos elementos apresentados pelo caso concreto. Para isso, é necessária a interpretação judicial das normas.

A imprescindibilidade da interpretação decorre da amplitude normativa constitucional e da proteção a direitos conflitantes ou de conceitos vagos. Os precedentes do Supremo Tribunal Federal, as teorias hermenêuticas e o texto constitucional são elementos que servem de fundamento para as decisões dos casos difíceis e também como limitadores da arbitrariedade que por ventura possa vir a ser cometida pelo intérprete (MELLO, 2011, p.360).

Verifica-se no ordenamento jurídico brasileiro uma tendência à progressiva conferência de *efeitos normativos* às decisões proferidas pelo STF. Essa tendência mostra-se presente na criação das súmulas vinculantes (Emenda constitucional nº 45/2004). Ela se verifica, igualmente, na expansão dos mecanismos de controle concentrado de normas, de que são exemplos a criação da ação declaratória de constitucionalidade e a regulamentação da arguição de descumprimento de preceito fundamental (MELLO, 2011, p.361).

O convencimento dos juízes constitui elemento importante na formação de sua convicção em determinadas matérias, sendo a fonte que contém a ideologia e se relaciona com o modo pelo qual uma decisão é adotada e fundamentada.

Correntes doutrinárias que justificam a ausência de discricionariedade no processo decisório não apresentam como consequência a circunstância de a atividade do Judiciário sofrer determinações conforme as regras do formalismo jurídico, pelo qual, os magistrados estarão submetidos aos desígnios do poder, sendo o Judiciário reduzido a um poder subordinado ao reproduzir as palavras da lei, passando a jurisdição a ser uma atividade intelectual e impossibilitando o julgador de adicionar uma parcela volitiva aos seus julgamentos. Segundo o formalismo, a tarefa do juiz deveria limitar-se a expressar a “vontade da lei” ou a vontade do legislador; qualquer atividade interpretativa estaria sobrepondo o Judiciário aos demais poderes do Estado como também, os magistrados estariam adotando uma postura ativista quando do julgamento das questões de sua competência. (SILVA, 2004, p.92).

O posicionamento defendido pela corrente formalista também não evidencia o aspecto de que a legislação é um modo de criação do direito, modo esse diverso da criação realizada pelo Poder Judiciário, praticada por meio da interpretação das leis. O reconhecimento de que na interpretação do direito operado pelo Poder Judiciário há determinado grau de criatividade, não significa que há criação do direito nos moldes do processo legislativo (CAPPELLETTI, 1999, p.20).

Na realidade, inexistente oposição entre os conceitos de criação do direito e de interpretação deste. O que varia é o grau de criatividade e os limites da criação do direito, no caso brasileiro, pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar os casos que lhe são apresentados. A criatividade e a discricionariedade são ínsitas à atividade interpretativa. Em alguma forma, toda interpretação é criativa, sempre existindo um grau mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p. 42).

Contudo, poderá haver também maior espaço para a discricionariedade dos magistrados nas decisões quanto mais imprecisos forem os elementos do direito e mais vagas as leis. Essa é uma das causas da acentuação que teve o ativismo judicial.

O que caracteriza a função de um magistrado ou de um tribunal não é a ausência de criatividade na interpretação das leis, mas sim a ligação da decisão com as controvérsias e as partes integrantes do caso concreto, a imparcialidade do juiz e independência formal em relação às influências exercidas pelos poderes políticos (CAPPELLETTI, 1999, p.75).

[...] [A] criatividade jurisdicional – criatividade do direito e de valores - é ao mesmo tempo inevitável e legítima, e que o problema real e concreto, ao invés, é o da medida de tal criatividade, portanto de restrições. (...) Os juízes não podem fazer menos que participar na atividade de produção do direito,

ainda que, no limite, tal não exclua inteiramente a possibilidade de o legislador ab-rogar ou modificar o direito jurisdicional (CAPPELLETTI, 1999, p. 103).

5. O ativismo judicial e a efetivação dos direitos fundamentais

Em vista da necessidade de se interpretar as normas constitucionais e as disposições nelas contidas, buscando dessa forma, atribuir-lhes novamente efetividade, o ativismo judicial passou a ser um fenômeno constante nas jurisdições constitucionais contemporâneas. As discussões acerca dos limites do direito conduzem à análise da atuação dos órgãos governamentais na criação normativa. A ideia de que o direito é resultado unicamente da produção legislativa passou a ser questionada com a evolução das Constituições e o ativismo judicial (PAULA, 2011, p. 285).

O direito é, normalmente, regido por normas jurídicas, que compreendem as ponderações realizadas anteriormente pela instância representativa do povo. Ao Executivo caberia unicamente a aplicação direta dos princípios quando ausentes os mandamentos editados pelo Poder Legislativo, enquanto que o Judiciário deveria agir, quando provocado, para que os princípios não aplicados pelos demais Poderes estatais fossem efetivados.

Com a expansão do Poder Judiciário, as decisões provenientes da jurisdição constitucional passaram a englobar questões políticas de forma mais ampla, simultaneamente exigindo a adoção de determinadas condutas pelos Poderes Legislativo e Executivo. O Judiciário passou a agir com um patamar de liberdade mais amplo, tanto como legislador negativo, quanto positivo, visando sanar a inefetividade das disposições constitucionais.

A ideia do *judicial review* originou o controle de constitucionalidade difuso norte-americano e o caso *Marbury vs. Madison* (1803) foi o primeiro em que esse controle foi exercido sobre atos oriundos dos poderes políticos, evidenciando também, a postura ativista da Suprema Corte americana. O termo ativismo, apesar de ter assumido relevância no âmbito jurídico, provém do contexto midiático, quando o jornalista Arthur Schlesinger Jr. publicou um artigo acerca das alianças e divisões dos juízes que integravam a Suprema Corte americana.

A expressão ativismo judicial tem sido utilizada sem maiores cuidados, impedindo que haja uma uniformização quanto ao seu conteúdo. Nem mesmo há o consenso acerca dos seus efeitos – se benéficos ou maléficis aos sistemas sociais. Na maior parte das vezes, a expressão torna-se muito genérica, correndo-se o risco de ser utilizada de modo indevido para

favorecer determinadas opiniões sociais ou políticas. Este fato destaca a complexidade quanto à definição do referido fenômeno.

A definição adotada neste trabalho compreende o ativismo judicial como sendo a ampla e intensa conduta de participação do Poder Judiciário visando alcançar os fins e valores inseridos no texto constitucional. É consequência da retração do Poder Legislativo, que afasta o atendimento das necessidades sociais por parte do Poder Público. O ativismo tem origem na jurisprudência norte-americana, que apresentou novas decisões em termos de direitos fundamentais e a criação de novas práticas políticas sem que houvesse a efetivação dessas modificações pelo Congresso Nacional americano ou por decreto presidencial (BARROSO, 2008b, p. 10).

Deve-se observar que o ativismo não é primeiramente classificado como legítimo ou ilegítimo, havendo graus de intensidade quando da sua prática; do mesmo modo, o ativismo é referente a uma questão de postura institucional, e não de correção das decisões judiciais; possui também caráter dinâmico e contextual, ou seja, a depender da situação - partes, sistema jurídico, matéria, entre outros aspectos - as decisões podem ser elaboradas com base em uma postura mais intensa ou restrita judicialmente; por fim, o ativismo judicial possui natureza multidimensional, significando que a depender dos critérios adotados nas decisões dos magistrados, o ativismo se manifesta variadamente (CAMPOS, 2011, p.557).

O ativismo recebe críticas constantes por parte da literatura jurídica nacional: aqueles que são favoráveis a esta prática afirmam que, em um primeiro momento, o termo ativismo poderia transmitir a ideia de atividade vedada à magistratura, vez que configura criação de normas jurídicas. No entanto, defendem que este se faz necessário para que ocorra a defesa dos direitos fundamentais em face do legislador (COELHO, 2011, p.477). Afirmam também que é necessário a análise do contexto social, político e jurídico no qual ocorre essa prática para que se possa verificar se o ativismo está sendo ou não prejudicial à atuação dos poderes políticos estatais.

Posicionamento distinto é o referente aos aspectos negativos gerados pelo ativismo: a atividade mais intensa do Judiciário não pode conduzir a situações incompatíveis e em desacordo com as funções típicas dos poderes políticos, sob o risco de se desvirtuar o conteúdo democrático da Constituição (SAMPAIO JÚNIOR, 2011, p.413).

Deve-se distinguir o ativismo judicial da judicialização das questões políticas: o primeiro fenômeno diz respeito à afirmação do poder Judicial para além dos limites impostos pela legislação positiva, com o objetivo de extrair as potencialidades do texto da Constituição

a partir da criação de regras de conduta, no entanto, sem adentrar no campo da livre criação do direito – realizada pelo Poder Legislativo.

A judicialização é o uso dos Tribunais por grupos de interesses que visam impedir ou modificar políticas públicas aprovadas por demais grupos majoritários. Judicializar compreende:

[...] tanto (1) a expansão da atuação dos tribunais ou juízes em detrimento da atuação dos políticos e/ou administradores, ou seja, a transferência de poder decisório do Legislativo para os tribunais ou, finalmente, (2) a disseminação da decisão judicial através de métodos não pertencentes ao âmbito judicial adequado. Resumindo, podemos dizer que a judicialização envolve essencialmente a transformação de algo em uma forma de processo judicial (TATE; VALINDER, 1995, p.13) – tradução nossa.¹

O aparecimento do fenômeno ativista ocorreu devido a diversos fatores, entre eles, a expansão do Poder Judiciário, os amplos poderes de guardião constitucional atribuídos ao Supremo Tribunal Federal, o maior número de direitos fundamentais previstos nas novas Constituições, a existência de leis vagas e conceitos abertos na Lei Maior, além da retração dos demais Poderes Públicos.

No Brasil, o ativismo jurídico pode ser observado na aplicação da Constituição pelo Supremo a situações não previstas de modo expresso em seu texto e de modo independente da manifestação do legislador ordinário acerca do assunto. Também é verificado por meio da declaração de inconstitucionalidade de atos normativos editados pelo legislador, baseados em critérios menos rígidos que os verificados quando da ocorrência de uma clara violação à Lei Maior. A imposição e determinação de abstenções nas condutas do Poder Público é outro aspecto que demonstra o ativismo judicial.

Essas características geram o distanciamento de juízes e de tribunais das competências que originariamente lhes são atribuídas pela Constituição, os aproximando da atividade de criação do direito, esta, no entanto, diversa àquela exercida pelo Poder Legislativo. Sob o aspecto substancial, o processo judiciário e o legislativo resultam em criação do direito. Contudo, o procedimento para a criação do direito difere. O juiz pode ser dinâmico e criativo sem que empregue meios idênticos aos de criação do direito utilizados pelo legislador.

¹ Thus the judicialization of politics should normally mean either (1) the expansion of the province of the courts or the judges at the expense of politicians and/or the administrators, that is, the transfer of decision-making rights from the legislature, the cabinet, or the civil service to the courts or, at last, (2) the spread of judicial decision-making methods outside the judicial province proper. In summing up we might say that judicialization essentially involves turning something into a form of judicial process (TATE; VALINDER, 1995, p.13).

A conexão do pronunciamento judicial com os casos apresentados pelas partes, a imparcialidade do juiz, sua independência com relação às influências políticas, o caráter do contraditório, da ampla defesa e a circunstância de o processo não poder ser iniciado *ex officio* pelo tribunal, são os limites processuais que diferenciam o processo jurisdicional daqueles cuja natureza é essencialmente política, no caso, legislativa (CAPPELLETTI, 1999, p.76).

Outros aspectos que apontam para a existência de ativismo na jurisdição constitucional brasileira podem ser observados através das seguintes condutas praticadas pelo Supremo Tribunal Federal: utilização de métodos interpretativos que possibilitam a criação de normas distantes do conteúdo literal da norma interpretada; ampla atuação processual; interferência no comportamento dos Poderes Legislativo e Executivo; aplicação de regras amplas ao caso a ser solucionado (CAMPOS, 2011, p.558).

Por ser muito abrangente, a Constituição de 1988 tem como guardião final o Judiciário, cuja atuação pode ter início através do controle difuso ou de ações específicas. Referida atribuição faz com que o Poder Judiciário tenha a palavra final para decidir em diversos casos – tanto relacionados a direitos fundamentais quanto a políticas públicas (MEDEIROS, 2011, p.530).

A expansão da jurisdição constitucional tem por objetivo assegurar o cumprimento dos direitos fundamentais. Quanto mais diversificados os tipos de direitos fundamentais, maior a necessidade de a Constituição assegurá-los. Consequentemente, quanto maior a procura pela satisfação desses direitos, maiores as questões relacionadas à crise de legitimidade da jurisdição constitucional.

O modo como ocorre essa expansão do Judiciário que apresenta maior oposição dos demais Poderes, é quando ela torna as decisões políticas menos intensas, podendo substituí-las em algumas situações. Assim, verifica-se o referido fato quando a jurisdição constitucional atua de forma a substituir os atores sociais da esfera política, emitindo decisões acerca de políticas públicas.

Contudo, a crise do Legislativo não importa o esvaziamento desse poder imprescindível à sociedade. Sua principal função continua sendo a de manter a compatibilidade da produção de normas jurídicas com as disposições constitucionais. Serve também como instrumento de conexão entre política e direito. Por adequar a vontade popular às normas do ordenamento jurídico, é, consequentemente, o poder que mais sofre os efeitos da expansão do Judiciário.

Ainda com relação ao ativismo judicial, Marshall (2002, p.5), elenca sete espécies de ativismo, a depender das características do ordenamento jurídico sob análise. Contudo, essas formas de ativismo não são fixas, podendo ser encontradas novas modalidades.

O ativismo contramajoritário caracteriza-se pela oposição dos tribunais em relação às decisões dos poderes diretamente eleitos; o ativismo não originalista significa o não reconhecimento de quaisquer formas de originalismo na interpretação judicial, sendo excluídas as considerações do legislador acerca do texto da Constituição.

O ativismo de precedentes refere-se à rejeição pelos tribunais aos precedentes estabelecidos. O formal ou jurisdicional é apresentada a resistência das Cortes na aceitação dos limites impostos para a atuação da jurisdição constitucional. Já o ativismo material/criativo, é aquele resultante dos processos de criação de teorias e novos direitos na doutrina constitucional.

O ativismo remediador é marcado pelo uso do poder judicial para a imposição de condutas positivas ou para o controle dos demais Poderes estatais. Por fim, o ativismo partidário é a utilização dos tribunais por grupos de interesses, para que sejam atingidos objetivos específicos de um partido político ou segmento social.

Apesar das promessas de concretização normativa apresentadas pela doutrina da efetividade, surgem os riscos da prática ativista no ordenamento jurídico brasileiro: a ampla interpretação do conteúdo constitucional, fundamentada em situações não previstas de modo direto em seu texto poderá ser utilizada de modo a favorecer as reivindicações dos grupos de interesses minoritários que exerceram maior influência política nos debates acerca das políticas públicas, excluindo, desse modo, a participação dos demais setores sociais. Com isso, determinados institutos jurídicos são usados como recurso impeditivo às modificações nas políticas públicas realizadas pelos grupos de interesses minoritários.

Tem-se como exemplo as ações diretas de inconstitucionalidade (ADINs), objeto de constante judicialização por parte das associações e entidades de classe de âmbito nacional e partidos políticos com representação no Congresso Nacional, bem como do ativismo presente nos julgamentos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal: as mesmas são utilizadas como instrumento de contestação de políticas, o que as torna um recurso frequente perante nossa Suprema Corte (CARVALHO, 2004, p.118).

Nessas situações, destaca-se o risco de favorecimento de interesses pessoais, tanto por parte dos magistrados, ao poderem, através da prática do ativismo, influenciar no resultado do processo decisório, como também ao serem atendidas as reivindicações de grupos sociais específicos em detrimento da maioria.

Há também o risco de ser desvirtuada a finalidade dos institutos jurídicos, que passam a ser utilizados de modo diverso ao previsto em suas normas regulamentadoras quando julgados de modo a favorecer determinados grupos de interesses ou opiniões políticas e morais dos magistrados.

Como limites à jurisdição de forma desmedida, o conteúdo constitucional e a jurisprudência estabelecem alguns elementos, dentre eles, os atos *interna corporis*, a estrutura das normas da Constituição, a autocontenção judicial e a proibição da apreciação de atos que versem sobre questões políticas (AGRA, 2005, p. 135).

A proibição à interferência do Judiciário em relação aos atos *interna corporis* é possível desde que não haja violação aos direitos subjetivos da cidadania; tem como aspectos comuns às questões políticas a existência de um de um âmbito discricionário para a sua atuação e serem mecanismos de proteção da organização e independência dos poderes. Já as *political questions*, podem ser compreendidas por decisões que não apresentam uma norma constitucional específica para a solução do litígio (AGRA, 2005, p. 140).

Nesse contexto, é importante destacar a atuação de um juiz autodisciplinado. Para que não haja prática da conduta ativista, o juiz autodisciplinado é aquele que procura decidir um caso sem levar em consideração suas preferências políticas e morais, desse modo, impedindo que ocorra a prática do ativismo judicial.

Assim, verifica-se que a partir da expansão da jurisdição constitucional, surgem novos modos de se buscar a efetividade das normas constitucionais através do controle constitucional. Porém, são apresentadas divergências doutrinárias em relação a esse controle normativo: uma parcela defende que o controle de constitucionalidade compreende a usurpação do poder, fundamentando a afirmativa no fato de os juízes não serem eleitos através do voto popular e, portanto, não possuírem legitimidade democrática. Entendimento oposto é o referente ao Legislativo, que apresenta legitimidade democrática por seus representantes serem eleitos diretamente pela maioria do povo.

Com as modificações no âmbito do Direito Constitucional, o povo foi considerado soberano e a Constituição, além de soberana, também suprema, devendo os Poderes estatais atuarem em conformidade com as disposições da Lei Maior; desse modo, o Judiciário, ao agir contramajoritariamente, corrige as arbitrariedades praticadas pelo Legislativo e Executivo. Mesmo considerado o governo da maioria, é função do Judiciário a aplicação do princípio contramajoritário, tendo por objetivo evitar que a maioria ultrapasse os limites previstos constitucionalmente.

A Constituição é, desse modo, a maior expressão da soberania popular e o controle judicial de constitucionalidade atua em prol da maioria constitucional e da soberania popular, impedindo que os grupos de interesses majoritários realizem distorções dos valores constitucionais e oprimam as minorias.

CONCLUSÕES

Do Estado Moderno ao Estado Democrático de Direito, observam-se as transformações nas ordens constitucionais visando à proteção e efetivação dos direitos e garantias fundamentais. O cumprimento estrito da norma no denominado Estado Legislativo conduziu às modificações nos paradigmas constitucionais,

A afirmação da supremacia do indivíduo, com o surgimento do conceito de cidadão -, a necessidade de limitação aos poderes dos governantes e a crença nas virtudes da razão, foram os principais elementos responsáveis pelo surgimento do constitucionalismo. Assim, o conceito de Constituição permitiu que novas garantias fossem asseguradas e ao mesmo tempo, impedindo que o Estado praticasse arbitrariedades e violações aos novos direitos que surgiram.

Com a força normativa da Constituição, a lei deixa de ser a fonte exclusiva do direito, originando doutrinas que procuraram assegurar novas formas de cumprimento à proteção aos direitos fundamentais e das normas da Lei Maior, dentre elas, a doutrina da efetividade, que objetivou a aplicação das normas constitucionais direta e indiretamente na maior extensão de sua densidade normativa.

No entanto, o crescimento das necessidades sociais e o aumento dos conflitos, gera a redução da atuação do Poder Legislativo. Parte dessas reivindicações passam a ser atribuídas ao Judiciário, reforçando o crescimento da jurisdição constitucional, que, ainda assim, não foi capaz de solucionar a totalidade dos casos.

No Estado Democrático de Direito, uma parcela dos Estado democráticos estabelecem uma parcela de poder político que deverá ser exercida pelos agentes públicos não escolhidos pelos meios eleitorais. Com isso, a jurisdição constitucional atua de forma a garantir a democracia, agindo contramajoritariamente.

A partir desse momento, a busca pela efetividade dos mandamentos constitucionais favoreceu a prática do ativismo judicial; através desse fenômeno, os juízes passam a interpretar de modo amplo as normas constitucionais com o objetivo de solucionar questões

anteriormente não finalizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo. A questão a ser julgada recebe aspectos políticos devido à possibilidade de uma política pública ser afetada pelos efeitos dessa decisão judicial. No referido contexto, tornou-se possível ao Judiciário a realização do controle constitucional diante das omissões ou prestações insuficientes dos demais poderes públicos.

Assim, os conceitos de criação do direito e de interpretação do mesmo não são opostos: o que varia é o grau de criatividade e os limites da criação do direito. A criatividade e a discricionariedade são ínsitas à atividade interpretativa; toda interpretação é criativa, sempre existindo um grau mínimo de discricionariedade na atividade jurisdicional.

No entanto, não poderá o Judiciário ultrapassar o âmbito de sua atuação e invadir a competência atribuída ao Legislativo e Executivo, sob pena de desequilibrar a tripartição de poderes. Muitas vezes confundida com prática benéfica em um ordenamento jurídico, no ativismo, são aplicadas às decisões hipóteses não previstas diretamente no texto constitucional, ampliando assim o conteúdo da interpretação normativa o ativismo apresenta muitos riscos quando da sua prática, o que necessita de análise quanto à sua existência em um ordenamento jurídico.

A aplicação dos princípios constitucionais e direitos fundamentais deve ser feita tendo-se por objetivo assegurar proteção ao povo, compreendido como a soma das maiorias e minorias, por isso, é importante que haja a autodisciplina por parte dos magistrados como forma de ser evitada a prática do ativismo, uma vez essa conduta pró-ativa do Judiciário pode desvirtuar a finalidade dos institutos jurídicos e apenas privilegiar grupos de interesses minoritários, excluindo grande parte da sociedade dos debates acerca das políticas públicas.

A busca pelo equilíbrio entre as condutas pró-ativas do Judiciário e a sua contenção, com a conseqüente reconstrução da legitimidade da jurisdição constitucional brasileira, pode ser obtida através da aplicação de novos critérios para a escolha dos membros que compõem o Supremo Tribunal Federal, refletindo o pluralismo da sociedade, juntamente com a reestruturação política e a desvinculação da indicação dos Ministros do STF pelos demais Poderes.

Os institutos que se desenvolveram com o decorrer da expansão do Poder Judiciário devem ser pensados com base nas especificidades do sistema jurídico brasileiro, uma vez que a ideia de jurisdição constitucional deve ser estabelecida e analisada com o objetivo de possibilitar a satisfação das necessidades sociais cada vez mais diversificadas, sem que haja a descaracterização dos poderes estatais.

Desse modo, a conciliação entre justiça, efetividade e segurança tanto na interpretação quanto na aplicabilidade das normas jurídicas, aspectos característicos da proteção às garantias e direitos fundamentais conferida pelo Estado Democrático de Direito, devem ser constantemente observados quando da finalidade de ser obtida a efetividade das normas constitucionais.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **A reconstrução da legitimidade do Supremo Tribunal Federal: densificação da jurisdição constitucional brasileira**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. **Revista Jurídica UNIJUS**, Uberaba, Universidade de Uberaba – UNIUBE, Vol. 11, nº 15, nov. 2008a. Disponível em: <http://www.uniube.br/publicacoes/unijus/arquivos/unijus_15.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 9, março/abril/maio, 2007. Disponível em <<http://direitodoestado.com.br/redae.asp>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 4ª ed. ampl. e atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 3ª ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2008b.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Panóptica**, Vitória, ano 1, n. 6, fev. 2007, p. 1-44. Disponível em: <<http://www.panoptica.org>>. Acesso em: 30 jul. 2013.

CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Moreira Alves V. Gilmar Mendes: a evolução das dimensões metodológica e processual do ativismo judicial do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). **As novas faces do ativismo judicial**. Salvador: Juspodium, 2011, p. 541-595.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes Legisladores?**. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris, 1999.

CARVALHO, Ernani Rodrigues de. Em busca da judicialização da política no Brasil: apontamentos para uma nova abordagem. **Revista de Sociologia e Política**, Curitiba, n.23, nov., 2004. Disponível em: < www.scielo.br/pdf/rsocp/n23/24626.pdf>. Acesso em: 15 ago. 2013.

COELHO, Inocêncio Mártires. **Ativismo judicial ou criação judicial do direito?**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 475-498.

HELD, David. **Modelos de democracia**. Belo horizonte: Paideia, 1987.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

MARSHALL, William P. Conservatives and the seven sins of judicial activism. **University of Colorado Law Review**, Vol. 73, 2002. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=330266>. Acesso em: 23 jul. 2013.

MEDEIROS, Bernardo Abreu de. **Ativismo, delegação ou estratégia? A relação inter poderes e a judicialização no Brasil**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 529-540.

MELLO, Patrícia Perrone Campos. **Interferências extrajurídicas sobre o processo decisório do Supremo Tribunal Federal**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 359-386.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

PAULA, Daniel Giotti de. **Ainda existe separação de poderes ? A invasão da política pelo direito no contexto do ativismo judicial e da judicialização da política**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 271-312.

SALDANHA, Nelson. **O Estado Moderno e a separação de poderes**. 2ª Ed. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

SAMPAIO JÚNIOR, José Herval. **Ativismo judicial: autoritarismo ou cumprimento dos deveres constitucionais?**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 403-429.

SARMENTO, Daniel. **O neoconstitucionalismo no Brasil: riscos e possibilidades**. In: FELLET, André Luiz Fernandes; PAULA, Daniel Giotti de; NOVELINO, Marcelo (Orgs.). As novas faces do ativismo judicial. Salvador: Juspodium, 2011, p. 73-113.

SILVA, Ovídio A. Baptista da. **Processo e ideologia: o paradigma racionalista**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TATE, C. Neal; VALLINDER, Torbjörn. **The global expansion of judicial power**. New York: New York University Press, 1995.